

Die Münzautomaten im Strafrecht

Heinrich Lochner

1967

DIE MÜNZAUTOMATEN IM STRAFRECHT

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Heinrich L o c h n e r

1967

Referent: Professor Dr. Karl ENGISCH
Korreferent: Professor Dr. Reinhart MAURACH

Tag der mündlichen Prüfung: 21. 12. 1967



INHALT

Schrifttumsnachweis	VII
---------------------	-----

Abkürzungen	XV
-------------	----

A Einleitung

I	Automat und Mensch	1
II	Begriff Automat	3
	1) allgemeiner Begriff	3
	2) Einschränkung für die Erörterung auf Münzautomaten	4
III	äußerer Hergang	6

B I Automaten im BGB 7

1)	schuldrechtlicher Vertrag	7
a)	Angebot	7
b)	Annahme	9
2)	dingliche Verträge und Eigentums- verhältnisse	10

II Automaten im öffentlichen Recht 12

III Automaten im Strafrecht 15

AA) Automatenmißbrauch im weiteren Sinne 15

1)	Aufzählung mit Beispielen	15
2)	"Automatenmißbrauch" Begriff	16
3)	Diebstahl	17
a)	Sache	17
b)	fremd	18
c)	Wegnahme	18
aa)	Gewahrsam	19
bb)	Gewahrsamsbruch	20
d)	Zueignung	24
e)	Rechtfertigungsgründe	26
f)	Versuch	26

II

4) schwerer Diebstahl	27
a) § 243/2	27
aa) Gebäude, umschlossener Raum, Behälter	27
bb) aus einem Gebäude	27
cc) Einbrechen, Erbrechen	29
b) § 243/3	30
aa) Werkzeug	30
bb) Eröffnen	31
5) Mundraub	32
6) Notentwendung	34
7) Unterschlagung	34
a) Fundunterschlagung	34
b) Vertrauensmann	34
c) Zueignungsabsicht nach dem Einwurf	34
8) Entziehung elektrischer Energie	35
a) Anlage	35
b) Entziehung	36
c) Leiter	36
d) "mittels"	37
e) ordnungsmäßiger Leiter	38
9) Verstoß gegen das Fernmeldeanlagen-gesetz	40
10) Betrug	41
a) Tatsache	41
b) Irrtum allgemein	41
c) Betrug des Aufstellers	42
d) Benützer als Betrüger	42
aa) Benützer steht dem Automaten allein gegenüber	43
aaa) Täuschungshandlung	43
bbb) Irrtumserregung	43
bb) neben dem Automaten ist noch eine Person zugegen	45
11) Münzverbrechen	47
a) Inverkehrbringen	47
12) Gewahrsamsbruch § 133	49
13) Hausfriedensbruch	49
14) grober Unfug	50

III

15)	Sachbeschädigung	51
16)	Automatenmißbrauch nach § 265 a	51
	a) Leistungerschleichung	52
	aa) Entgeltlichkeit - Münzautomaten	52
	bb) Erschleichen	52
	cc) Inhalt der Leistung bei Einzel- fällen	53
	b) Zutrittserschleichung	55
	c) Versuch, Vollendung	55
	d) Subsidiaritätsklausel	55
	aa) Analogie	55
	bb) bei Privilegierungen	56
	cc) bei Einzeltatbeständen	57
	e) Konkurrenzen	57
	f) Einteilung der Automaten	58
	aa) gemachte Einteilungen	58
	bb) Versuch einer Verbesserung	60
	g) Stellungnahme zu § 265 a	61
BB)	Schuttmittelautomaten	62
	1) Abgrenzung zwischen § 184 I 3 und § 184 I 3 a	62
	2) Ankündigen, Anpreisen, Ausstellen	63
	3) öffentlich	64
	4) Sitte und Anstand	64
	5) Der Verkauf eines Automaten allein verstößt gegen Sitte und Anstand	66
	a) Hinweis aus § 41 a GewO?	66
	b) heutiger Standpunkt	69
	aa) Beachtung des Gesundheitsschutzes	70
	bb) Beachtung des Verkaufs	70
	aaa) Verkauf muß möglich sein	70
	bbb) Verkauf diskreter usw.	70
	ccc) Verschmelzung von Ankündi- gung und Verkauf	71
	cc) Beachtung des Jugendschutzes	72
	aaa) äußerer Kaufanreiz	73
	bbb) erhöhte Mißbrauchsmöglich- keit	73

IV

ccc)	Einfluß auf die innere Haltung	74
dd)	Beschränkung auf Außenautomaten	74
ee)	besondere Umstände	75
aaa)	bei Innenautomaten	75
bbb)	bei der gegenteiligen Ansicht	76
6)	Verhältnis des § 184 I 3 a zu §§ 41 a, 146 a I GewO	76
CC)	die Spielautomaten	78
AAA)	Glückspiel nach § 284	78
1)	Beispiele	78
2)	Spielgrund	78
3)	rechtspolitische Erwägungen	79
4)	Abgrenzung Spiel - Wette	79
a)	objektiv	80
b)	subjektiv	80
c)	Spiel als Unterfall der Wette	81
d)	sich schneidende Begriffe	81
5)	der Spielpartner	82
6)	Abgrenzung Glückspiel - Geschicklichkeitsspiel	82
a)	Zufall	82
b)	gemischtes Spiel	83
c)	Durchschnitt der Spieler	83
d)	praktisches Ergebnis	84
7)	Vermögenswert	85
a)	Einsatz und Gewinn	85
b)	keine gewinnsüchtige Absicht	85
c)	Bestimmung nach der gesellschaftlichen Abmachung	85
d)	die Höhe	86
8)	Öffentlichkeit	87
9)	ohne behördliche Erlaubnis	87

10)	Täter bei § 284	88
	a) Veranstalter	88
	b) Halter	88
	c) Bereitstellen von Einrichtungen	89
11)	Beteiligung nach § 284 a	89
12)	Täter bei § 285	90
13)	Konkurrenzen	90
14)	Beispiele aus der Rechtsprechung	91
15)	Verhältnis der §§ 33 d, 146 I 5 GewO zu § 284	91
BBB)	Lotterie-Ausspielung nach § 286	92
1)	Begriff Lotterie	92
2)	Begriff Ausspielung	93
3)	Gemeinsame Merkmale für Ausspielung und Lotterie	93
	a) Einsatz	93
	aa) Vermögenswert	93
	bb) versteckter Einsatz	94
	cc) Bestimmung des Einsatzes	94
	b) Beispiele aus der Rechtsprechung	95

SCHRIFTTUM

- | | |
|--------------------|---|
| Auwers, Walter, | Der Rechtsschutz der automatischen Waage,
Diss. Göttingen 1891 |
| Becker, Walter, | 1) Automatenmißbrauch und Erschleichung
freien Eintritts (§ 265 a) im Verhältnis
zur analogen Anwendung des § 263
JW 1935 S. 2938 ff
2) Anmerkung zu Urteil OLG Stuttgart
FamRZ 1958, S. 234 |
| Binding, Karl, | Lehrbuch des gemeinen deutschen Straf-
rechts,
Besonderer Teil Bd. I, 2. Aufl. 1902 |
| Bodamer, Joachim, | Der Mann von heute 1956 |
| Böhmert, Walter, | Geschäft und Rechtsschutz der Verkaufs-
automaten nach modernem Recht,
Diss. Erlangen 1910 |
| Brockhaus | Konversationslexikon 1952 |
| Caesar, Paul, | Der strafrechtliche Automatenschutz nach
geltendem und künftigem Recht,
Diss. Köln 1931 |
| Callsen, | 1) Automatenberaubung
Münzautomat 1951 Heft 11 S. 7
2) Keine sachlichen Gründe für ein Verbot
von Schutzmittelautomaten
Münzautomat 1957, S. 127 |
| Dreher, Eduard, | Anmerkung zu BGH Urteil
MDR 1952, S. 563 |
| Dünnebier, | Anmerkung zu Urteil OLG Bremen
JR 1961, S. 387 |
| Ebermayer, Ludwig, | Der Entwurf eines deutschen Strafgesetz-
buches, 1914 |

VIII

Eckstein, Ernst,	Automatendiebstahl oder Betrug GA Bd. 58 (1911) S. 271 ff.
Ehe und Familie,	Zeitschrift
Elster, Alexander,	Glückspiel im Handwörterbuch der Kriminologie, Bd. I (1933) S. 622
Enneccerus-Nipperdey,	Allgem. Teil des BGB Bd. I 15. Aufl. 1960, Bd. II 15. Aufl. 1959
Erman, Walter	Handkommentar zum BGB Bd. I, 3. Aufl. 1962/64
Ertel, Paul,	Der Automatenmißbrauch und seine Charakterisierung als Delikt, Diss. Erlangen 1898
Finger, August,	Reichs- und Landesstrafrecht im Lichte der Rechtsprechung des RG Reichsgerichtspraxis Bd. V (1929) S. 93
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des BGB Das Rechtsgeschäft Bd. II 1965
Förtsch, Hans,	Die Automaten im Strafrecht, Diss. Erlangen 1916
Frank, Rheinhard,	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 18. Aufl. 1931/36
Friedendorff,	Die Geldspielautomaten Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik Bd. 32 (1909) S. 29
Fuhr, Eberhard,	Kommentar zur GewO 1964
Gerland, Heinrich,	Deutsches Reichsstrafrecht 2. Aufl. 1932
Günther, Fritz,	Das Automatenrecht, Diss. Göttingen 1892

- Heubusch, Hermann, Automaten im Strafrecht und im Gewerbe-
recht,
Diss. Erlangen 1915
- Hippel v., Wilhelm, Ist Diebstahl an fließendem Wasser mög-
lich,
Diss. Halle 1895
- Höfer, Alfred, Welchen Rechtsschutz genießen die sog.
Automaten,
Diss. Erlangen 1909
- Hübner, E., Schuttmittelverkauf am Warenautomaten,
FamRZ 1960, S. 335 ff.
- Ihering v., Rudolf, Die Jurisprudenz des täglichen Lebens,
14. Aufl. 1921
- Kahl, W., Zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend
die Bestrafung der widerrechtlichen Ent-
ziehung fremder elektrischer Arbeit
DJZ 1900, S. 29 ff.
- Klee, Anmerkung zu RG Urteil
JW 1933, S. 2147
- Kockel, Die Grundzüge der sachverständigen Prü-
fung von Geldspielautomaten
Archiv für Kriminalanthropologie und
Kriminalistik
Bd. 39 (1910) S. 236 ff.
- Kohlhaas, Max, Die Novelle zur GewO in nebenstrafrecht-
licher Sicht,
JR 1960, S. 441 ff.
- Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 43. Aufl. 1961
- Kohlrausch, Eduard, Das Gesetz betreffend die Bestrafung der
Entziehung elektrischer Arbeit,
ZStW Bd. 20 (1900) S. 459 ff.
- Kretzschmar, Alfons, und Außenwerbung und Warenautomaten im
Sigismund von Eisenharth- geltenden Recht, 1956
Rothe,

- | | |
|----------------------|---|
| Krug, | Wochenschau
DJ 1934, S. 535 |
| Lehmann, Heinrich, | Allgemeiner Teil des BGB,
15. Aufl. 1966 |
| Leipziger Kommentar | Kom. zum StGB,
8. Aufl. 1958 |
| Liszt v. , Franz, | Lehrbuch des deutschen Strafrechts
25. Aufl. 1927 |
| Lob, | Die Problematik automatischer Spiele,
Automatenmarkt 1950, Heft 5, S. 60,
1951, Heft 6, S. 72 |
| Mang-Simon | Bayr. BO, Loseblattkommentar 1964 |
| Mangels, | Ist das Verbot des Verkaufs von Gummi-
schutzmitteln aus Warenautomaten verfas-
sungswidrig ?,
Münzautomat 1956, S. 358 |
| Matzke, | Was bedeutet die Überwindung der libera-
listischen Weltanschauung für die heuti-
ge Stellung des Richters zum Strafgesetz ?,
JW 1934, S. 1609 |
| Maurach, Reinhart, | Deutsches Strafrecht, Bes. Teil
4. Aufl. 1964
Allgem. Teil 3. Aufl. 1965 |
| Meili, F., | Strafrechtliche Handlungen an Auto-
maten,
DJZ 1898, S. 382 |
| Meister, Hans Georg, | Ein Beitrag zur Abgrenzung der Vermögens-
delikte
MDR 1947 S. 251 |
| Meyer-Allfeld, | Lehrbuch des deutschen Strafrechts,
7. Aufl. 1912 |
| Mezger, Edmund, | Strafrechtslehrbuch Bd. I,
9. Aufl. 1960, Bd. II, 9. Aufl. 1966 |

Monatsschrift für
deutsches Recht

- | | |
|--------------------|--|
| Müller, Wolfgang, | Das Glückspiel in kriminalsoziologischer Betrachtung, 1938,
strafrechtliche Abhandlungen,
Heft 389 |
| Neugebauer, | Der Münzfernsprechbetrug
NJW 1934, S. 2826 |
| Neumond, Hartwig, | Der Automat.
Ein Beitrag zur Lehre über die Vertrags-
offerte,
Archiv für ziv. Praxis Bd. 89
(1899) S. 166 ff. |
| Oertel, | Die strafrechtliche Behandlung
der Geldspielautomaten
DJZ 1909, S. 1240 |
| Olshausen, Justus, | Kommentar zum Strafgesetzbuch für das
deutsche Reich
12. Aufl. 1942 |
| Palandt, | Kommentar zum BGB
26. Aufl. 1967 |
| Potrykus, Gerhart, | 1) Zur Frage des Schutzmittelverkaufs
aus Straßenautomaten
MDR 1960, S. 726
2) Zur Erläuterung des Begriffs Feilbieten
in § 41 a GewO
MDR 1961, S. 366
3) Anmerkung zu BGH Beschluß
MDR 1961, S. 428
4) Zur Frage des Ausstellens von Verhütungs-
mitteln in Warenautomaten
MDR 1961, S. 559 |
| RGR Kommentar | Kommentar zum BGB
Bd. I 11. Aufl. 1959/60 |

- Rohlfing -Kiskalt-Wolff, Handkomm. zur GewO
3. Aufl. 1964
- Rotering, Betrug, Willenserschleichung, Willens-
umgehung,
Gerichtssaal Bd. 60 (1902) S. 272 ff.
- Rother, Zuwiderhandlungen gegen das Spielauto-
matenrecht,
Münzautomat 1952, Heft 1 S. 6
- Sabath, Rudolf, Das Glückspiel, seine strafrechtliche und
wirtschaftliche Bedeutung, 1906
- Schäfer, Karl, Das Gesetz zur Änderung des StGB vom
28. Juni 1935
JW 1935, S. 2323 und 2481 ff.
- Schäfer, Leopold, Die Einzelheiten der Strafgesetznovelle
vom 28. Juni 1935, DJ 1935 S. 994 ff.
- Schels, Karl, Der strafrechtliche Schutz des Automaten,
Diss. Erlangen 1897
- Schienze, Theodor, Die Leistungerschleichung (§ 265 a)
Strafrechtl. Abh. Heft 384, 1938
- Schmidt, Friedrich
Hinrich, Automatenrecht. Recht der Warenauto-
maten, der Spiel- und Unterhaltungs-
automaten und der sonstigen Verkaufs-
und Leistungsautomaten
1952
- Schmitz, Johannes, Der Automatenmißbrauch in strafrecht-
licher Beziehung.
Diss. Köln 1933
- Schmitz, Theodor, Der Münzfernsprechbetrug,
Diss. Köln 1935
- Schneikert, Zufalls- und Geschicklichkeitsspiel,
Zeitschrift für Rechtspfleger in Bayern,
1908 S. 284 ff.

- Schönke-Schröder, Strafrechtsgesetzbuch Kommentar
13. Aufl. 1966
- Schroeder, Horst, Über die Abgrenzung des Diebstahls von
Betrug und Erpressung
ZStW Bd. 60 (1941) S. 33 ff.
- Schwarz-Dreher, Kommentar zum StGB
28. Aufl. 1966
- Seckel, Hans, Die Automaten im Strafrecht
Diss. 1904 Marburg
- Seelig, Ernst, Das Glücksspielstrafrecht, 1923
- Seidel, Hans, Automatenwesen und Jugendschutz, Be-
kämpfung von Glück- und Falschspiel,
Bundeskriminalamt Wiesbaden
1955, S. 149 ff.
- Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB,
Bd. I, III, 9. Aufl. 1964
- Staudinger, Kommentar zum BGB
11. Aufl. 1963
- Stenglein, 1) Glücksspiel und Wette
ZStW Bd. 3 (1883) S. 111 ff.
2) Komm. zu den strafrechtlichen Neben-
gesetzen des Deutschen Reiches
Bd. I, 4. Aufl. 1911
- Triebler, Alois, Der Automatenmißbrauch in seiner straf-
rechtlichen Beurteilung nach Inkrafttreten
des § 265 a StGB,
Diss. Bonn 1937
- Weimar, Wilhelm, Gilt § 265 a auch für Warenautomaten ?,
DJZ 1936, S. 1224 ff.
- Weinschal, Abraham, Erschleichen von Leistungen,
Diss. Zürich 1916
- Weiser, Erich, Begriff, Wesen, Formen des strafbaren
Glücksspiels, 1930

- Wittner, Klaus, Betrug und Erpressung beim Glückspiel
Diss. Erlangen 1937
- Wolf, Erik, Der Sachbegriff im Strafrecht,
Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechts-
leben Bd. V (1929) S. 44 ff.
- Zeiler, A., Der Münzfernsprechbetrug,
JW 1935, S. 476 ff.

ABKÜRZUNGEN

BB	Betriebsberater
BO	Bayr. Bauordnung
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
FamRZ	Familienrechtszeitschrift
GA	Goldammer's Archiv
GewO	Gewerbeordnung
JFG Erg	Entscheidungen des Kammergerichts und des Oberlandesgerichts München in Kosten-, Straf-, Miet- und Pacht- schutzsachen
JMBINRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
LK	Leipziger Kommentar
MA	Der Münzautomat
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RdJ	Recht der Jugend, Zeitschrift für Jugenderziehung, Jugendpflege, Jugendschutz
RMG	Entscheidungen des Reichsmilitär- gerichtes
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechts- wissenschaft

I AUTOMAT UND MENSCH

Automaten gab es bereits im Altertum. Ein Automat war jede durch verborgene Kraft in Bewegung gesetzte Vorrichtung, z. B. die fliegende Taube des Archytas von Tarent (400 v. Chr.) oder der Android des Ptolemäos Philadelphos (Nachahmung der Tätigkeit eines Menschen). Nach der Beschreibung von Heron von Alexandrien gab es auch einen Apparat, dem nach Einwurf eines Geldstückes eine bestimmte Menge Weihwasser entnommen werden konnte, und Leonardo da Vinci befaßte sich schon mit der Herstellung von Spielautomaten.

In zunehmendem Maße werden heute Aufgaben, die früher von Menschen wahrgenommen wurden, durch Automaten verrichtet. Bereits ganze Fabriken werden vom Schaltbrett aus durch einzelne Personen bedient, und das Bestreben geht dahin, diesen Prozeß noch weiter voranzutreiben. So wurden bereits Stimmen laut, die Überwachungsaufgaben im Weltraum und den Einsatz von Atomwaffen Automaten anvertrauen wollen. Dies rechtfertigt es, das Zeitalter, in dem wir leben, auch als Zeitalter der Automation zu bezeichnen, wobei sich zwei Phasen unterscheiden lassen. Die eine ist bestimmt durch die Tatsache, daß dem Menschen die Muskelarbeit durch Automaten abgenommen werden konnte, und dafür wurde der Ausdruck industrielle Revolution geprägt. Heute spricht man ausweitend von einer zweiten industriellen Revolution, da dem Menschen durch die Automaten auch bereits geistige Arbeit abgenommen werden kann.

Zweifellos läßt sich heute sagen, daß die Automaten genauer, schneller und zuverlässiger als Menschen arbeiten, da es der Technik gelungen ist, die Fehlerquellen auf ein Minimum zu reduzieren und sogar Instrumente einzubauen, die Fehlerquellen feststellen und den Automaten stoppen. Außerdem sind die Automaten nicht den physischen und psychischen Störungen unterworfen wie der Mensch.

Aufgabe der Mathematik ist es, die für Automaten möglichen Aufgaben festzustellen. Dabei ließ sich durch logische Schlüsse ermitteln, daß es Aufgaben gibt, die nicht von einem Automaten gelöst werden können (das sind solche, für die sich kein During-Programm aufstellen läßt). Eng damit verbunden ist die Frage, wieweit Mensch

und Automat vergleichbar sind. Entsprechen sich das menschliche Gehirn und ein Automat, wo ist die Grenze zu ziehen zwischen geistiger Routine und schöpferischer Arbeit (= Intuition), werden nicht dem Menschen, wie auch dem Automaten "Programme" von Geburt an eingegeben, die sein Verhalten bestimmen? Diese Probleme hat die Wissenschaft heute noch nicht gelöst, ebensowenig wie die Probleme, die sich aus der Rückwirkung der Automation auf den Menschen ergeben. Viele Stimmen weisen auf die Gefahren der Automation hin und bringen damit eine Selbstentfremdung in Zusammenhang, die den Menschen als Schatten seiner selbst im Automatismus seiner Zeit herumgeistern läßt (1). Mag dies auch überspitzt ausgedrückt sein, so kann man sich doch der Tatsache nicht verschließen, daß der Automat bestimmten negativen seelischen Entwicklungen und Haltungen der Zeit entgegenkommt, wie z. B. der Entpersönlichung und der Kontaktarmut. So wird die persönliche Beziehung bei einem Kaufgeschäft durch einen technischen Vorgang ersetzt, und der Spielautomat wird zum Erlebnissurrogat für innerlich leere und spannungslose Menschen (2).

Man muß jedoch sagen, der Automat an sich ist nicht schlecht, sondern bringt dem Menschen viele Vorteile, nur hält die geistige Entwicklung vieler Menschen mit dem Tempo der fortschreitenden Technik nicht Schritt, und daraus entsteht eine Gefährdung für die Menschen. Auch der Mißbrauch der Technik ist uralte, und hier mag der Satz gelten, der Mensch vermag nicht nur nicht allein vom leiblichen Brot zu leben, sondern auch nicht vom geistigen Brot der ratio.

1) so Bodamer S. 37

2) so Seidel S. 149

II DER BEGRIFF "AUTOMAT"

1) allgemeiner Begriff

Der Begriff "Automat" wird nicht einheitlich gebraucht, sondern auf dem Gebiet der Wissenschaft, wo er zur Sprache kommt, meist in einem einschränkenden Sinne verstanden. Allgemein ließe sich der Automat vielleicht definieren als eine mechanische Einrichtung, die nach Aufhebung einer Hemmung eine Funktion selbständig und zwangsläufig durchführt (3).

Mathematikprofessor Robert Sauer (4) von der TH München versteht unter Automaten Geräte zur selbsttätigen Informationsverarbeitung nach einem vorgegebenen Programm, das aus einer Befehlsliste zusammengesetzt ist (Information ist dabei eine Reihe von Zeichen, die aus einer endlichen oder gegebenen Reihe von Zeichen entnommen ist). Gemeint sind hier Rechen- oder Logikautomaten. Ihre Verwendung ist sehr vielfältig, so z. B. bei der Lohnbuchführung, der Verkehrsregelung, bei der Auswertung von Statistiken, bei Diagnosen in der Medizin, bei meteorologischen, manographischen Auswertungen, bei der Luftfahrt, der Kernphysik, bei Steuerungsproblemen, bei der Unternehmerforschung und bei Übersetzungen.

Von dem Juristen Höfer (5) wird der Automat definiert als "Sammelname" für alle mechanischen Vorrichtungen, die nach Auslösung einer meist unsichtbar angeordneten Hemmung, bestimmte mechanische Funktionen selbsttätig verrichten, oder die Vornahme bestimmter Manipulationen gestatten". Joh. Schmitz (6) unterscheidet Automaten im engeren und im weiteren Sinne und versteht unter letzteren alle mechanischen Vorrichtungen, die die ihnen zugeteilten Funktionen durch verborgene, nicht menschliche Triebkraft selbständig vollführen. Nach F. H. Schmidt (7) findet der Ausdruck Automat vor allem im Maschinen- und Apparatebau Anwendung.

3) Brockhaus

4) Vortrag anlässlich einer Akademiefeyer in München über Mensch und Automat

5) S. 1

6) S. 3

7) S. 19

2) Einschränkung für die Erörterungen auf Münzautomaten

Was die Automaten im Strafrecht betrifft, so sind nur die Fälle von Bedeutung, wo ein Automat selbst handeln könnte, wo ein Automat zu einer Handlung benutzt wird und wo eine Handlung an ihm begangen wird.

Der erste Fall soll nicht Gegenstand der folgenden Erörterungen sein. Es soll nur kurz angedeutet werden, daß eine Strafbarkeit des Automaten nicht in Betracht kommt, weil er mangels eines Willens nicht handlungs- und verschuldensfähig ist und somit eine Strafe, die ihrem Wesen nach nur auf Menschen paßt, ihren Sinn und Zweck nicht zu erfüllen vermag. So können nur die Menschen belangt werden, die die Automaten geschaffen haben, oder an den Schalthebeln der Automaten sitzen. Insoweit wird der Mensch nicht vom Automaten verdrängt. Es wird nur immer schwieriger, einen Schuldigen zu finden und den Nachweis seiner Schuld zu erbringen, sei es nun, daß z. B. ein Arzt seine Patienten Automaten anvertraut, wobei der Patient verletzt oder getötet wird, oder sei es, daß nur Sachen in automatischen Anlagen beschädigt werden.

Da die Kompliziertheit der rechtlichen Würdigung bei den Automaten nicht in dem gleichen Maße steigt wie die technische, vielmehr ein großer Teil der heutigen hochentwickelten Automaten ohne strafrechtliche Problematik ist, hat es sich der Bearbeiter zur Aufgabe gemacht, nur einen Teil der vorhandenen Automaten herauszugreifen und auf die strafrechtliche Relevanz hin zu untersuchen, und zwar die Automaten, mit denen man im Alltag häufig in Berührung kommt und die im wirtschaftlichen Leben eine große Bedeutung erlangt haben: Es sind die Münzautomaten.

Münzautomaten sind Apparate, die nach Auslösung einer Hemmung eine beschränkte Anzahl mechanischer Funktionen selbsttätig verrichten oder die Vornahme bestimmter Handlungen gestatten (8) und gleichzeitig den Abschluß eines Vertrages zwischen dem Aufsteller und Benutzer herbeiführen (9). Die Hemmung kann dabei durch das Einwerfen eines Geldstückes oder einer Wertmarke (10)

8) Schmidt F. H. S. 19

9) Schmitz Joh. S. 3

10) F. H. Schmidt S. 19

(und in absehbarer Zeit auch sicher durch das Einstecken eines Geldscheines) ausgelöst werden. Auch für letztere Fälle wird man den Begriff Münzautomaten verwenden können, weil juristische Definitionen nicht Definitionen im philosophischen Sinne sind, d. h. den Gegenstand nicht mit absoluter Gültigkeit bestimmen wollen, sondern Zweckdefinitionen (11). Da sich im Strafrecht eingebürgert hat, den Begriff Automat enger zu fassen und darunter nur Münzautomaten zu verstehen (12), soll bei den folgenden Ausführungen das Wort "Automat" auch stellvertretend für "Münzautomat" gebraucht werden. Von der Betrachtung sind demnach ausgeschlossen z. B. Feuer- und Polizeimeldeautomaten, deren Mißbrauch nach besonderen Vorschriften bestraft wird, ebenso Stempelautomaten, wo z. B. mittels Kontrolluhren auf der Lohnkarte die Arbeitszeit festgestellt wird (13).

Außerhalb der Erörterungen bleiben auch die Automaten, die nach dem Einstecken einer Lochkarte Tätigkeiten verrichten, wie z. B. Geld ausgeben (14).

11) Triebler S. 8; würde man dagegen den Begriff "Geldautomat" wählen, so würden die Wertmarken nicht direkt darunterfallen.

12) Schienle S. 5; Schmidt S. 19, Schmitz Joh. S. 3

13) Da die einzelnen Stempelabdrucke Urkunden darstellen (RG 52/66; RG 75/316; Mezger DR 1941/2666), käme hier neben Betrug auch noch Urkundenfälschung durch Herstellen einer falschen Urkunde in Betracht.

14) Wollte man sie zusammen mit den Münzautomaten behandeln, so müsste man dazu vielleicht den Oberbegriff "Automaten im engeren Sinne" wählen, der von Joh. Schmitz (S. 3) und Triebler (S. 8) vorgeschlagen wurde, allerdings nur für die Münzautomaten.

III ÄUSSERER HERGANG

Der äußere Hergang bei den Münzautomaten ist heute noch einheitlicher Natur. Durch Einwurf eines Geldstückes oder einer Wertmarke, dessen Abmessungen durch einen Münzprüfer elektrisch oder mechanisch festgestellt werden, in einen hierfür vorgesehenen Führungskanal, wird der Apparat mittels eines Auslösemechanismus in Tätigkeit gesetzt und dem Benutzer die automatische Leistung zugänglich. Nach Beendigung dieses Vorgangs wird die Tätigkeit des Automaten wieder aufgehoben und zu neuer Benützung frei (15). Vielfach ist bereits ein Münzwechsler mit dem Automaten gekoppelt, der in einem Arbeitsgang wechselt und leistet. Als besondere Raffinesse ist für einen Musikautomaten Tischfernwahl möglich, wobei eine Münze auch an jedem Tisch eingeworfen werden kann.

15) Schmitz Joh. S. 4

B I AUTOMATEN IM BGB

Von der Fülle an Problemen, die sich im BGB bei der Benützung von Automaten ergeben, sollen nur die kurz herausgegriffen werden, die im Hinblick auf das Strafrecht von Bedeutung sind. Das sind das Zustandekommen von Verträgen und die Eigentumsverhältnisse an Ware und Geld. Bei der Behandlung dieser Fragen schon eine systematische Einteilung der einzelnen Automaten vorzunehmen, empfiehlt sich nicht, weil erst zu untersuchen ist, unter welchen strafrechtlichen Gesichtspunkten eine Einteilung sinnvoll und dabei eine Abweichung zum BGB möglich ist.

Die Vertragsarten, die bei den verschiedenartigen Automaten in Frage stehen, lassen sich ohne besondere Schwierigkeiten bestimmen. Es sind einmal schuldrechtliche, wie z. B. Kauf-, Dienst-, Werk-, Wettverträge, dann aber auch dingliche Verträge, so die Übereignung von Ware und Geld nach § 929 BGB.

Schwierigkeiten bereitet lediglich das Zustandekommen des einzelnen Vertrages, da die Abgabe einer Willenserklärung eine Rechtspersönlichkeit des Erklärenden voraussetzt und ohne Zugang eines Antrags eine Annahme nicht möglich ist.

1) schuldrechtlicher Vertrag

a) Angebot

Die Möglichkeit, "Auslobung" anzunehmen, scheitert, weil es an einer Belohnung fehlt. In Frage steht demnach nur, ob das Aufstellen eines Automaten eine *invitatio ad offerendum* oder ein Angebot *ad incertam personam* darstellt.

Ein Angebot zum Abschluß eines Vertrages liegt dann vor, wenn es so bestimmt ist, daß durch die Annahme die Einigung über den ganzen Vertrag erreicht werden kann (1). Bei der Aufstellung eines Automaten ist ein Angebot zum Abschluß eines schuldrechtlichen Vertrages deswegen zu bejahen, weil die Umstände, insbesondere die Verkehrsanschauung, zur Annahme einer Bindungsabsicht nötigen und der Antrag

1) Enneccerus-Nipperdey II § 161 Anm. I 1 b

die erforderliche Bestimmtheit hat (2). Das Vertragsangebot wird jedoch an eine noch unbestimmte Person, d. h. ad incertam personam gemacht. Es gilt aber: ist die Person bestimmbar, so ist ein solches Angebot nach heute herrschende Meinung durchaus möglich (3). Das ist der Fall beim Automaten, denn es wird ein Vertragsangebot an jeden einzelnen gemacht, der es anzunehmen bereit ist und diese Bereitschaft dadurch bestätigt, daß er eine Münze in den Automaten steckt. Durch die Annahme der Offerte tritt der Annehmende aus der Unbestimmtheit heraus, und aus der objektiv und subjektiv unbestimmten Person des Annehmenden wird wenigstens eine objektiv bestimmte. Damit ist dem Erfordernis Genüge getan, daß ein Vertrag nur zwischen bestimmten Personen geschlossen werden kann (4). Mit der Bejahung des Angebots ad incertam personam beim Automaten konnte man die Möglichkeit der invitatio ad offerendum ausschließen, die zu der Frage geführt hätte, ob der Automat mangels Rechtspersönlichkeit ein Angebot, das von dem Benützer ausgeht, hätte annehmen können. Denn nur ein Rechtssubjekt kann von der Offerte Kenntnis nehmen, einen Entschluß über die Annahme und einen Willensakt, eine Rechtshandlung vornehmen (5).

Das Angebot gibt dabei der Automatenaufsteller ab (6), nicht der Automat selbst (7), und es richtet sich an alle Personen, die durch Einstecken des Geldes die Annahme erklären (8). Die bloße Aufstellung des Automaten ist noch keine Offerte des Inhabers, sondern erst die Füllung mit Waren (9), wobei die Aufstellung des Automaten dann eine Kollektivofferte darstellt, die soviel Einzelofferten enthält, wie der Automat Päckchen in sich birgt (10) oder

2) Staudinger § 145 Rn 3

3) RGR Kom § 145 Anm 2

4) Böhmert S. 25

5) Höfer S. 7

6) Dabei wird im folgenden unterstellt, daß der Eigentümer des Automaten, der Aufsteller und der Inhaber der Ware in einer Person zusammenfallen und dabei der Begriff Automatenaufsteller als Bezeichnung für den Berechtigten verwendet.

7) Böhmert S. 56

8) Lehmann S. 235

9) Neumond S. 191

10) Böhmert S. 20

mit anderen Worten, der Aufsteller offeriert nur soviel, als der Automat enthält (11) und nur für den Fall, daß der Automat funktioniert (12).

b) Annahme

Die Verträge kommen dabei zustande durch die Annahme des Angebots. Das liegt in dem Bewirken der Vorleistung, dem Einstecken des nach der Aufschrift geforderten Geldstückes (13) und eventuell einer weiteren Betätigung am Auslösemechanismus mittels Kurbel oder Knöpfen usw. Wird eine falsche Münze, eine gleichwertige in anderer Währung oder eine höhere Münze eingeworfen, so läßt sich nicht nach § 133 BGB durch Auslegung ermitteln, daß der Aufsteller auch unter diesen Bedingungen zu einem Vertragsschluß bereit ist, sondern hier geht die Bestimmung des § 150 II BGB vor (14), es liegt eine Annahme unter Erweiterung und damit ein neues Angebot vor, das von dem Automaten, da ihm die Rechtspersönlichkeit fehlt, nicht angenommen werden kann. Beim Automatenaufsteller fehlt es an einer Annahmeerklärung für dieses Angebot. Gleich, ob ein Mißbrauch beabsichtigt ist oder ein Versehen vorliegt, in all diesen Fällen kommt kein schuldrechtlicher Vertrag zustande (15).

Der Vertragsschluß ist zu behandeln als Vertragsschluß unter Abwesenden (16), denn die Annahmeerklärung des Benützers kommt nicht im Moment seiner Ausführung zur Kenntnis des Aufstellers, damit ist die Anwesenheit ausgeschlossen (17). Nach § 151 BGB liegt weiterhin ein stillschweigender Verzicht auf den Zugang der Annahmeerklärung vor (18). Der Inhalt des Vertrages richtet sich nach der

11) Neumond S. 193, Günther S. 18, Enneccerus-Nipperdey § 161 I 1 b, Lehmann S. 235, RGR Kom § 145 Anm 2, Ermann Anm 4 a zu § 145

12) Staudinger § 145 Rn 3, Ermann § 145 Anm 4 a

13) Höfer S. 8, Neumond S. 193

14) Böhmert S. 28

15) Falsch ist demnach die Ansicht von Günther (S. 17) und Höfer (S. 12), die bei Einwurf einer höheren Münze zu einem Vertragsschluß kommen.

16) Günther S. 13

17) Böhmert S. 30

18) Schmitz Joh. S. 5

Leistung, die der Automat dem Benützer darbieten soll (19). Zu der Leistungsbestimmung dient die Aufschrift.

2) dingliche Verträge und Eigentumsverhältnisse

Ein dinglicher Vertrag liegt bezüglich der Übereignung des Geldes vom Benützer an den Aufsteller vor, dann aber auch bei Verkaufsautomaten in der Übereignung der Ware (20). Dabei ist zu beachten, daß das dingliche Rechtsgeschäft nicht nichtig ist, wenn das schuldrechtliche Geschäft, wie z.B. beim Glücksspiel, gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und ihm damit die rechtliche Wirkung versagt ist (21). Was die Ware aus dem Automaten betrifft, so erfolgt der Antrag auf Einigung nach § 929 nur bei ordnungsgemäßer Gegenleistung (22). Wird demnach eine falsche oder andere Münze in einen Verkaufsautomaten eingeworfen, dann kommt weder ein Kaufvertrag noch eine Einigung über den Eigentumsübergang zustande. In diesem Falle bleibt dann der Aufsteller Eigentümer der Ware.

Die Übergabe mit der Folge, daß der Automatenaufsteller den Besitz völlig verliert, wird durch den Automaten vollzogen.

Was das eingeworfene Geld anbelangt, so ist in dem Einwurf ein Angebot zur Übereignung zu sehen, das nach § 130 I 1 BGB auch zugeht, da der Automat zum Machtbereich des Empfängers gehört und den Umständen nach zu erwarten ist, daß er von dem Angebot Kenntnis nimmt (23). Die Annahme des Angebots erfolgt konkludent durch den Aufsteller nach Einwurf der geforderten Münze. Der Aufsteller hat in das Funktionieren und Behalten des Geldes seinen Annahmewillen und die Erklärung zur Annahme gelegt. Damit wird auch deutlich, daß es sich um keine vorweggenommene Annahmeerklärung handelt. Der Annahmewille erstreckt sich auf alle eingeworfenen Stücke, und damit erlangt der Aufsteller auch an Falsifikaten das Eigentum, da eine wirksame konkludente Annahme vorliegt. Fällt das Geld durch, so liegt keine Annahme vor und der Einwerfende

19) Schmitz Joh. S. 5

20) Die Meinung, daß in diesem Falle nur ein obligatorischer Vertrag geschlossen werde (so Böhmert S. 42), ist abzulehnen.

21) RG 44/115

22) Schmitz Joh. S. 10

23) Palandt § 130/ Anm 1 b

bleibt Eigentümer. Die Übergabe liegt in dem Einwurf des Geldes mit dem Willen, den eigenen Besitz völlig zu verlieren (24).

24) Palandt § 929/Anm 3 a

II AUTOMATEN IM ÖFFENTLICHEN RECHT

In vielen Bestimmungen des öffentlichen Rechts lassen sich Bestimmungen über Straftaten und Ordnungswidrigkeiten bei Automaten finden. Da sich die vorliegenden Ausführungen auf das StGB beschränken wollen, sollen hier nur einige Beispiele aufgezählt werden und diejenigen Bestimmungen, die Zweifel an der Vorrangigkeit einer strafrechtlichen Norm aufkommen lassen (1).

Nach Art. 12 I BO sind Warenautomaten Werbeanlagen. Als solche sind sie nach Art. 85 V BO nur dann genehmigungs- und anzeigefrei, wenn sie in räumlicher Verbindung mit einer offenen Verkaufsstelle stehen und die Baulinie nicht überschreiten. Sonst sind sie genehmigungspflichtig. Handelt es sich um bauliche Anlagen und fehlt die Genehmigung, so trifft die Strafbestimmung des § 367/15 StGB zu. Was bauliche Anlagen sind, ist in Art. 2 II BO geregelt. Bauliche Anlagen können nach der Art der Ausführung auch Automaten sein (2). Soweit es sich nicht um bauliche Anlagen handelt, aber eine Genehmigung oder Anzeige erforderlich ist und sie nicht vorliegt, handelt es sich um eine Ordnungswidrigkeit nach Art. 105 I/9 BO (3). Eine Ordnungswidrigkeit kann in dem Verstoß gegen die örtlichen Bauvorschriften liegen (Art. 107 I 2 /Art. 105 I 11 a BO) ebenso wie in der Nichtbeachtung der Bestimmungen über die Errichtung von Hochbauten und der Sondernutzung (Art. 23, 18, 63/3, 4 Straßen- und Wegegesetz; §§ 8, 9, 23/1, 2 Bundesfernstraßengesetz).

Eine Übertretung stellt die Beeinträchtigung der Wirkung der Verkehrszeichen dar (§ 21 StVG, § 3 II StVO) oder die Ablenkung der

1) Soweit es dabei erforderlich ist, werden die bayerischen Gesetze zugrundegelegt.

2) Mang-Simon BO Kom. Art. 2 Rn 71

3) Die sonstigen Automaten sind keine Werbeanlagen (Art. 12 I BO) und - soweit es sich auch um bauliche Anlagen handelt - nach Art. 84/1 a BO genehmigungs- und anzeigefrei.

Verkehrsteilnehmer durch Werbung (§ 42 StVO).

Ein Vergehen ist es, wenn Kindern und Jugendlichen gestattet wird, in Spielhallen mit mechanisch ausgestatteten Spielgeräten anwesend zu sein oder mechanische Glücksspielvorrichtungen zu benutzen (§§ 7, 13 Gesetz zum Schutze der Jugend).

§ 14 I 2 GewO bestimmt, daß es einer Anzeige bedarf, "wenn der Gegenstand des Gewerbes gewechselt wird oder auf Waren oder Leistungen ausgedehnt wird, die bei Gewerbetreibenden der angemeldeten Art nicht üblich sind". Auch beim Automatenaufstellergewerbe muß ein Branchenwechsel angezeigt werden, da die Aufstellung von Automaten nicht losgelöst werden kann von der Ware oder Leistung, die sie anbieten (4).

Ebenso gibt es beim Automatenaufstellergewerbe eine anzeigepflichtige Ausdehnung, wenn z.B. neben Musikautomaten Gummischutzmittelautomaten aufgestellt werden sollen. Denn es kommt nicht darauf an, ob Personen, die Automaten aufstellen, üblicherweise sowohl Leistungs- wie Warenautomaten aufstellen, sondern ob derjenige, der Spielgeräte zum vorübergehenden Gebrauch vermietet, üblicherweise auch Gummischutzmittel verkaufen würde (5).

Weiter bedarf das selbständige Automatenaufstellergewerbe der Anzeige nach § 14 III GewO. Die Aufstellung unselbständiger Automaten, d.h. solcher, die in räumlichem und sachlichem Zusammenhang mit einem Gewerbebetrieb, z.B. Ladengeschäft, von dessen Inhaber betrieben werden, wird durch die Anmeldung dieses Gewerbes gedeckt (6). Wer § 14 GewO zuwiderhandelt, macht sich strafbar nach § 148 I 1 GewO.

Nach § 33 d GewO bedarf einer Erlaubnis, "wer gewerbsmäßig ein mit einer den Spielausgang beeinflussenden mechanischen Vorrichtung ausgestattetes Spielgerät, das die Möglichkeit eines Gewinnes bietet, aufstellen oder ein anderes Spiel mit Gewinnmöglichkeit veranstellen will". Die Strafbestimmung dazu ist § 146/5 a GewO.

4) Eberhard-Fuhr § 14 Anm 5 c (GewO)

5) Bayer ObLG Urteil v. 13.4.1961

6) Eberhard-Fuhr § 14 Anm. 5 c (GewO)

Gemäß § 41 a GewO "dürfen Mittel oder Gegenstände, die zur Verhütung der Empfängnis oder zur Verhütung von Geschlechtskrankheiten dienen, in Warenautomaten an öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen nicht feilgeboten werden". "An der Straße" heißt: von der Straße aus erkennbar und zugänglich, wobei Feilhalten und Feilbieten begrifflich gleich sind (7). Ob § 41 a strafbewehrt ist durch § 146 a I, ist umstritten. Zu dieser Problematik wird später bei der Prüfung der Vorrangigkeit des § 146 a I GewO oder § 184 I 3 a StGB Stellung genommen.

Bei Waren wäre das Einzelhandelsgesetz zu beachten, nach dem das Fehlen einer erforderlichen Erlaubnis (§§ 1, 3) eine Ordnungswidrigkeit darstellt (§ 9 Einzelhandelsgesetz), das Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln (§ 3/1 a), das Gesetz über die Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten (§ 20), soweit Gegenstände der Verhütung feilgeboten werden sollen, das Gaststättengesetz, das das Feilhalten von Branntwein und branntweinartigen Genußmitteln als Übertretung bestraft (§§ 16 I 4, 29/8 Gaststättengesetz), das Ladenschlußgesetz, nach dem es eine Ordnungswidrigkeit ist, wenn Arbeitnehmer außerhalb der Öffnungszeiten mit dem Auffüllen der Automaten beauftragt werden (§§ 17/V; 25 Ladenschlußgesetz) usw.

Da die Prüfung dieser gesetzlichen Bestimmungen nicht mehr in den Rahmen der vorliegenden Erörterungen gehört, sollte nur an Beispielen kurz aufgezeigt werden, inwieweit speziell der Automatenaufsteller außerhalb des StGB eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begehen kann.

7) Eberhard Fuhr § 41 a Anm 2 d (GewO)

III AUTOMATEN IM STRAFRECHT

AA) Automatenmißbrauch im weiteren Sinne

In den letzten Jahren hat die Automatenindustrie eine solche Fülle neuer Automaten geschaffen, daß es sich empfiehlt, nur einige davon als Beispiele aufzuführen, um sie nach dieser Aufzählung für eine strafrechtliche Würdigung zusammenfassen zu können. Die technischen Einzelheiten, ob sie z. B. mit Strom betrieben werden, ob es sich um Stapel- oder Gefachautomaten handelt, sind für eine rechtliche Würdigung weitgehend uninteressant. Ebensowenig ist eine bis in die Einzelheiten gehende Differenzierung erforderlich.

1) Aufzählung mit Beispielen

Am häufigsten dürften die Automaten sein, die alle möglichen Sachen zum Verkauf anbieten, wie feste Stoffe, aber auch Gas, Gebrauchsgegenstände, Blumen, heiße und kalte Getränke, ganze Menüs, wie bei den Automatenrestaurants, dazu auch Essensmarken, Briefmarken, Bahnsteigkarten und Fahrkarten.

Eine Besonderheit ist es dabei, wenn zu dem reinen Verkaufsvorgang noch eine andere Leistung zusätzlich hinzukommt, wie es der Fall ist, wenn z. B. bei einem Kaffeeautomaten der Kaffee zuerst noch gemahlen wird, oder die Würstchen gewärmt werden, oder das Photo aufgenommen wird. Es gibt aber auch solche Automaten, die zuerst eine Handlung ermöglichen und dann verkaufen, wie das bei Präge- oder Stanzautomaten der Fall ist.

Von den aufgezählten Automaten unterscheiden sich diejenigen, die nach dem Einwurf einer Münze keine Sache ausgeben, sondern einen Vorgang vollziehen. Der Benutzer kann dabei mehr passiv beteiligt sein durch das Einwirkenlassen auf die Sinne (z. B. beim Spielen von Musik, beim Zeitanzeigen (Parkuhr), beim Erteilen einer Auskunft, beim Beleuchten, beim Elektrisieren usw.), oder mehr aktiv, wie z. B. beim Fernsprechen, beim Spielen, beim Betreten einer Toilette, beim Schießen, Kraftprüfen und Autofahren.

2) "Automatenmißbrauch" Begriff

Der Gesetzgeber hat im Jahre 1935 den § 265 a (1) in das StGB eingeführt, um alle Handlungen an Automaten strafrechtlich verfolgen zu können, die sich aus einer regelwidrigen Benutzung ergeben. Dafür hat sich im allgemeinen Sprachgebrauch das Wort Automatenmißbrauch eingebürgert. Da ein Mißbrauch aber nicht unbedingt mit der Benutzung zusammenhängen muß, spricht man besser vom "sog. Automatenmißbrauch". Für § 265 a kommen nur solche Automaten in Betracht, die gegen Entgelt leisten. Da derzeit das Entgelt grundsätzlich in Form eines Hartgeldstückes oder einer entsprechenden metallenen Wertmarke geleistet wird, spricht man diese Automaten als "Münzautomaten" an (2).

Nicht erfaßt von § 265 a sind demnach die Automaten, die ohne Entgelt in Bewegung gesetzt werden, z. B. Automaten, die gegen das Einstecken einer Lochkarte Geld ausgeben, oder Automaten, die eingesteckte Karten nur stempeln usw.

§ 265 a enthält aber eine Subsidiaritätsklausel, d. h., daß nicht alle Fälle des sogenannten Automatenmißbrauchs unter § 265 a fallen. Um feststellen zu können, welche Handlungen unter § 265 a fallen, müssen zunächst all die Straftatbestände untersucht werden, die bei einem Automatenmißbrauch in Betracht kommen können. Handlungen, die dabei nicht unter einen Straftatbestand subsumiert werden können, sind dann eventuell nach § 265 a strafbar. Erst am Ende dieser Untersuchung wird es dann möglich sein, die einzelnen Fälle in Gruppen zusammenzufassen und eine Einteilung nach der Art der Automaten zu versuchen, die ersichtlich macht, welche Automaten unter § 265 a fallen und welche ausscheiden. Diese Einteilung ist zwar nicht unbedingt erforderlich, sie stellt jedoch eine erhebliche Erleichterung bei der Prüfung des Automatenmißbrauchs dar, da sie bei gewissen Automatenarten die Durchprüfung der einzelnen Tatbestände ersparen kann.

1) §§ ohne Angaben sind solche des StGB

2) Wenn es möglich wird, das Entgelt mittels anderer Zahlungsmittel, z. B. in Papiergeld, zu entrichten, so könnte man die Bezeichnung "Geldautomaten" wählen.

Die einzelnen Straftatbestände werden im folgenden eingehender behandelt, als dies im Hinblick auf § 265 a notwendig wäre, um die einzelnen Tatbestände geschlossen behandeln zu können. Dadurch werden Wiederholungen vermieden und eine größere Übersichtlichkeit erreicht.

3) Diebstahl

a) Sache

Am nächstliegenden ist der Tatbestand des Diebstahls. Es muß eine bewegliche Sache aus dem Automaten weggenommen werden. Zweifel an der Eigenschaft der Sache ergeben sich bei Gas, Dampf und Elektrizität, die ja auch durch einen Automaten bezogen werden können. Eine Sache verlangt Körperlichkeit. Die Eigenschaft der körperlichen Sache kommt nur dem Stoffe, der raumfüllenden Materie zu, wenn sie der faktischen Herrschaft des Einzelnen räumlich-körperlich unterworfen ist. Eine Sache muß räumlich beherrschbar (3) und selbständig, folglich körperlich sein (4). Der Aggregatzustand, in dem sich die Sache befindet, spielt dabei keine Rolle. So fallen auch flüssige und gasförmige Körper (Leuchtgas und Dämpfe) unter den Begriff der Sache (5), da die räumliche Beherrschbarkeit bei ihnen gegeben ist.

3) RG 32/166

4) Wolf Erik (S. 50) verlangt: objektives für sich Bestehen, kulturelles Dasein und Beherrschbarkeit von Menschen. Im BGB § 90 sollte das Gesetz eine Scheidung von Rechtssubjekten erschöpfend vornehmen in körperliche Dinge und in solche, die nur in der Vorstellung bestehen. Dabei sind körperliche Dinge alle diejenigen Verkehrsobjekte, denen für das naive Naturerkennen eine reale Existenz zukommt, im Unterschied von unkörperlichen Sachen, die nur in der Vorstellung bestehen und ihr Dasein erst gewissen intellektuellen Tätigkeiten von Menschen verdanken. Daraus ergibt sich, daß das Wort körperlich in § 90 BGB nicht gleichbedeutend ist mit "Masse" Kohlrausch ZStW 20/488), die im Strafrecht als Begriffsmerkmal notwendig ist. Der Begriff des § 90 BGB ist auch jünger und hat keine über den Rahmen des BGB hinausgehende Allgemeinbedeutung erlangt (Schmitz Joh. S. 21).

3) RG 14/123; RG 44/335; Schönke-Schröder § 242 Rn 3

Vor der Einführung des Gesetzes über die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit vom 9. April 1900, dem heutigen § 248 c (6), war es umstritten, ob die Elektrizität unter den Sachbegriff fällt. Durch Schaffung des Gesetzes hat sich der Gesetzgeber gegen die Sacheigenschaft ausgesprochen, da Kräfte und Energien nicht körperlich beherrschbar sind (7). Kohlrausch (8) führt dann näher aus: "Was bei dem Gebrauch einer elektrischen Anlage zu nutzbarer Verwendung gelangt, ist die elektrische Energie oder elektrische Arbeit. Sie repräsentiert einen bestimmten meßbaren, wirtschaftlichen Wert. Sie kann vom Erzeuger verwertet oder abgegeben werden, sei es, daß der Erzeuger sie sofort in eine nutzbare Form verwandelt, daß er mit ihr Akkumulatoren lädt, die elektrische Energie in ihnen aufspeichert oder endlich, daß geladene Akkumulatoren abgegeben werden".

b) fremd

Als Diebstahlsubjekt kommt der Inhalt des Automaten in Betracht. Dazu gehören die Ware, das Geld und Automatenbestandteile wie z. B. die Schallplatten in einem Musikautomaten. Die Sachen müssen fremd sein, d. h. im Eigentum eines anderen stehen. Wie vorher schon dargelegt wurde, findet bei dem Einwurf von Falschgeld oder eines nicht gewünschten Ersatzes kein Eigentumsübergang bezüglich der Ware statt, der Automatenaufsteller bleibt ihr Eigentümer. Wird eine Sache vergessen, aber nicht dereliquiert, so bleibt sie ebenfalls für einen Dritten fremd (9). Dagegen gehen die eingeworfenen Ersatzstücke in das Eigentum des Aufstellers über.

e) Wegnahme

Weiterhin muß beim Diebstahl die Sache weggenommen werden. Wegnahme bedeutet den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.

6) abgesehen davon, daß das Wort Arbeit durch das Wort Energie ersetzt wurde

7) ebenso RG 32/165; vgl. Schwarz-Dreher § 242 Anm. 1 A; Schönke-Schröder § 242 Rn 3

8) S. 468 aaO.

9) Als Eigentümer kommt der Automateninhaber oder der Benützer in Betracht, soweit ein gültiger Übereignungsvertrag vorliegt.

aa) Gewahrsam

Gewahrsam ist das Verhältnis einer Person zu einer Sache, wonach diese Person willens und in der Lage ist, über die Sache mit Ausschluß anderer zu verfügen (10). Entscheidend ist dabei, daß der Verwirklichung des Herrschaftswillens zur unmittelbaren Einwirkung auf die Sache keine Hindernisse entgegenstehen (11). Auch bei der unter Umständen größeren Entfernung zwischen Automatenaufsteller und Automat hat der Automatenaufsteller Herrschaftswille und Herrschaftsgewalt und damit Gewahrsam am Automaten und an den Waren. Wie ist aber das Gewahrsamsverhältnis an dem eingefrorenen Geld? Der Herrschaftswille setzt ein Wissen, also Kenntnis vom Entstehen des Herrschaftsverhältnisses voraus, hingegen nicht ständiges Bewußtsein der Sachherrschaft (12). Er braucht sich nicht auf die einzelne Sache zu erstrecken, er kann auch allgemein bekundet sein und sich aus den Umständen ergeben (13). Durch das Aufstellen des Automaten mit einem Einwurfschlitz gibt der Automatenaufsteller nach außen sichtbar zu erkennen, daß er die eingeworfenen Sachen beherrschen will, und zwar nicht nur die verlangte Münze, sondern auch die kleineren und größeren Münzen, ausländisches Geld und Falsifikate, denn auch an ihnen hat er Interesse als Teilentgelt oder zur Beweissicherung. Ist der Automat mit einer Vorrichtung für die Geldrückgabe versehen, so erlangt der Automatenaufsteller die Herrschaftsgewalt erst dann, wenn die Münze in die Kassiovorrichtung fällt, d. h. mittels des Geldrückgabeknopfes nicht mehr erlangt werden kann. Vorher behält der Einwerfende Gewahrsam. Entfernt er sich zu diesem Zeitpunkt und vergißt, wo sein Geldstück sich befindet oder gibt er den Herrschaftswillen auf, so ist das eingeworfene Geldstück ohne Gewahrsam. Was die ausgegebenen Waren betrifft, so dauert der Gewahrsam fort, solange die Möglichkeit und der Wille besteht, die Sache zu beherrschen. Entscheidend ist, ob der Wegnehmende die Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, daß sie ohne Hindernisse seitens des alten Gewahrsamsinhabers ausgeübt werden kann und umgekehrt dieser ohne Beseitigung der Verfügungsgewalt

10) Heubusch S. 14

11) Schönke-Schröder § 242 Rn 32

12) BGH 4/211

13) Schönke-Schröder § 242 Rn 21, RG 50/46

des Wegnehmenden nicht mehr über die Sache verfügen kann (14). Ist der Automat mit einer Ausgabevorrichtung versehen, z. B. Zieh-schubladen oder Fächern, so ist nach der heute herrschenden Apprehensionstheorie neuer Gewahrsam erst begründet, wenn der Benützer die Sache ergriffen hat (15). Greift ein Dritter in die Ausgabevorrichtung, bevor der Benützer die Sache ansich genommen hat, so bricht er demnach den Gewahrsam des Automatenaufstellers. Läßt der Benutzer die Sache liegen, oder vergißt er sie, so besteht weiterhin der Gewahrsam des Automatenaufstellers, und derjenige, der jetzt die Sache ergreift, kann Diebstahl begehen. Hat jedoch der Benützer die rechtswidrig erlangte Sache bereits in die Hand genommen und legt sie dann wieder zurück, dann entsteht nicht von neuem der Gewahrsam des Automatenaufstellers. In diesem Falle ist die Sache gewahrsamslos, und es kommt Unterschlagung in Betracht.

bb) Gewahrsamsbruch

Trotz eingebauter elektrischer oder mechanischer Münzprüfer kommt es immer wieder vor, daß ein Automat, der Sachen enthält, in Tätigkeit gesetzt wird durch den Einwurf eines falschen Geldstückes und dann die Ware herausgibt. Wird hier ein fremder Gewahrsam gebrochen? Der Bruch fremden Gewahrsams steht im Gegensatz zum Sichgebenlassen (16). Eine Wegnahme entfällt, wenn der Inhaber zu einer Übergabe im natürlichen Sinne fähig war und kraft eines solchen natürlichen Willensaktes die Sache einem anderen übergibt, mag auch das BGB dem Übergabeakt jegliche Wirksamkeit absprechen. Eine Wegnahme liegt aber in einer eigenmächtigen Besitzergreifung des Täters (17). Unter Verneinung der Wegnahme kommen einige zu der Ansicht, daß in diesem Falle nur Unterschlagung in Betracht kommt. Birkmeyer sagt: "Die Unterschlagung fußt darauf, daß der Automat die Ware dem offertenwidrigen Benützer übergeben habe, allerdings gegen den Willen des Aufstellers. Wo der Mechanismus funktioniert und die Ware präsentiert, höre diese auf, im Gewahrsam des Eigentümers zu stehen, so daß sich der Täter lediglich eine in seinem Gewahrsam befindliche Sache zueigne."

14) Schönke-Schröder, § 242 Rn 32

15) Schmitz Joh. S. 23

16) Schönke-Schröder § 242 Rn 29

17) RG in JW 39/224

Auch Schels (18) nimmt Unterschlagung an; er führt aus: "da in dem Moment, wo der Mechanismus funktioniert und die Ware präsentiert hat, diese aufgehört hat, im Gewahrsam des Besitzers zu stehen, habe sich der Täter eine fremde bewegliche Sache, die er bereits im Gewahrsam hatte bzw. auf straflose Weise in seinen Gewahrsam gebracht hatte, zugeeignet." Eine ausführlichere Begründung bringt Dreher (19). Er sagt, der Automat sei der rechtlich verlängerte Arm des Warenbesitzers, und eine rechtliche Übergabe liege auch dann vor, wenn der Verkäufer dulde, daß der Käufer die Ware vom Ladentisch wegnehme. Was nun den Automaten betreffe, so übergebe der Warenbesitzer unter der Bedingung, daß der Mechanismus mit einer echten Münze ausgelöst werde. Der Akt der Übergabe im Sinne des § 929, durch den gleichzeitig der Gewahrsam übergehe, könne jedoch nicht unter einer Bedingung erfolgen, die den Übergang des Gewahrsams rechtlich ungeschehen machen könnte. Bedingt sein könne nur die Einigung über den Eigentumsübergang. So stelle das Spiel des Mechanismus immer eine Übergabe, aber nicht immer eine Übereignung dar.

Dagegen aber ist zu sagen, daß nicht die Übergabe unter einer Bedingung erfolgt, sondern daß der Unternehmer in allen Fällen, in denen der Automat entsprechend der Bedienungsanweisung in Betrieb gesetzt wird, den Willen zur Übergabe hat, während dieser Wille ihm bei einer ordnungswidrigen Inbetriebnahme fehlt (20). Die heute herrschende Meinung steht auf dem Standpunkt, daß in vorliegendem Falle nur Diebstahl in Betracht kommt, denn für den Begriff der Wegnahme ist das Mittel, das der Dieb zur Entziehung des Gewahrsams anwendet, und die Art und Weise der Entziehung gleichgültig (21). Sie kann durch Aufhebung selbst bewirkt werden, durch einen Dritten oder auch ein Tier (22). Unerheblich ist es auch, inwieweit sich das Opfer an der Vornahme des rein physischen Verschaffungsvorganges selbst beteiligt (23).

18) S. 33 aaO.

19) MDR 52/563

20) Bayr. ObLG 1955/120

21) Böhmert S. 63

22) Schönke-Schröder § 242 Rn 28

23) so BGH NJW 1952/782

Beim Automaten ist es so, daß der Automat in Gang gesetzt wird und insofern die Einwirkung auf den Mechanismus den Wechsel in der Herrschaft herbeiführt. Durch die Einwirkung auf den Mechanismus mittels eines falschen Geldstückes wird der bisherige Gewahrsam des Automateninhabers gegen dessen Willen aufgehoben und dem Benützer die tatsächliche Herrschaft über eine Sache verschafft. Von einem Veranlassen des Automaten kann keine Rede sein, da der Automat kein willenbeseeltes Wesen ist, das sich beeinflussen lassen kann und den vorhandenen Herrschaftszustand ändern könnte (24). Demnach bedient sich der Automatenbenützer des Automaten gleich einem Werkzeug und verschafft sich selbst die Herrschaft, indem er nur die Sperrvorrichtung auslöst (25). Höfer (26) sagt dazu: "Der Automat handelt selbst nicht, er funktioniert nur, er setzt jedermann in die Lage, das Funktionieren des Apparates durch seine Vorleistung herbeizuführen. Der Effekt des Tätigwerdens ist demnach auf das Konto desjenigen zurückzuführen, der den mechanischen Effekt durch eigene Tätigkeit hervorruft."

Das Wesentliche bei der Wegnahme ist aber, daß die Entziehung der Sache aus dem Gewahrsam eines anderen ohne dessen Willen geschieht (27). So sagt schon Günther 1892 (28): "Der Automat, d.h. sein Herr übergibt, will dies aber nur, wenn ein richtiges Geldstück eingelegt wird, und der Automat tut das gegen den eigentlichen Willen des Aufstellers, wenn ein falsches Geldstück eingelegt wird." Der aktive Willensakt des Einverständnisses braucht selbst bei der positiven Wegabehandlung des Gewahrsaminhabers keineswegs immer vorzuliegen (29). Ein Gewahrsamsbruch kann demnach nicht mit dem Willen des Gewahrsamsinhabers erfolgen (30), sein Einverständnis schließt die Wegnahme aus. Für das Einverständnis ist aber ein Willensentschluß erforderlich (31), wobei lediglich die innere

24) so Heubusch S. 10

25) Förtsch S. 13

26) S. 25 aaO.

27) RG in JW 39/224; RG 53/337

28) S. 32 aaO.

29) so BGH NJW 52/782

30) OLG Nürnberg NJW 49/877

31) BGH NJW 52/796

Willensrichtung des Verletzten entscheidend ist (32). Der Automat kann nicht personifiziert werden, damit kann er nicht selbständig einen Willensentschluß fassen und den Gewahrsam von sich aus aufheben. Gewahrsam hat der Automatenaufsteller (33). Somit kommt es auf seinen Willen an. Wo aber ein falsches Geldstück oder eine minderwertige Münze in den Automat geworfen wird, ist der Automatenaufsteller mit der Wegnahme nicht einverstanden. So liegt bei dieser Art des Automatenmißbrauches keine Hingabe des Aufstellers vor, ebensowenig wie eine Einwilligung in die Entziehung der Sache (34). Vielmehr ist, soweit durch den Einwurf des Surrogats allein die Mechanik des Automaten in Bewegung gesetzt wird, in diesem Einwurf schon der erste Teil (35) einer Handlung zu erblicken, die entgegen dem Willen des Aufstellers zu einer Entleerung des Automaten führt (36). Damit liegt beim Einwerfen eines falschen Geldstückes eine Wegnahme vor (37).

Eine Einwilligung in die Wegnahme würde man nur dann annehmen können, wenn eine höherwertige inländische Münze in den Automat geworfen würde. In diesem Falle würde schon eine Wegnahme entfallen, abgesehen von der fehlenden Zueignungsabsicht.

Außer mit einem falschen Geldstück kann die Sperrvorrichtung für die Ausgabe von Sachen aber auch mittels eines Drahtes, mittels eines Geldstückes, das an einer Schnur hinabgelassen wird, durch kräftiges Schütteln oder durch andere Manipulationen ausgelöst werden. Hier ist aus den gleichen Gründen eine Wegnahme der Sachen zu bejahen.

32) BGH NJW 52/782; vgl. Meister MDR 1947/251 ff

33) Förtsch S. 13 sagt: Es liegt ein Herrschaftszustand des Automateninhabers über den Inhalt vor mit der Einschränkung, daß der Inhaber die Möglichkeit offen gelassen hat, daß einer, der die geforderte Münze einwirft, diesen Herrschaftszustand aufheben kann.

34) Schmitz Joh. S. 26

35) Seckel S. 21

36) vgl. Schienle S. 32

37) Triebler S. 24

Objekt des Diebstahls können aber auch der Geldinhalt oder Automatenbestandteile sein. Insoweit ist der Diebstahl nicht auf Automaten beschränkt, die nur Sachen leisten. Wird z. B. die Ausgabe von Geld bei Spielautomaten oder bei Münzwechslern entgegen den Bedienungsanleitungen ausgelöst, so liegt hinsichtlich des Geldes Wegnahme im Sinne des § 242 vor (38). Wegnahme ist weiterhin in all den Fällen gegeben, wo das eingeworfene Geld im Automaten an einem Platz angelangt ist, von dem es auf normalem Wege, z. B. durch einen Rückgabeknopf, nicht mehr zurückerlangt werden könnte und es durch irgendwelche Manipulationen wieder zurückkommt.

d) Zueignung

Die Absicht der rechtswidrigen Zueignung beim Diebstahl muß im Augenblick der Wegnahmehandlung bestehen. Die erst nach vollzogener Wegnahme auftauchende Absicht rechtswidriger Zueignung ist nicht ausreichend (39). Das Einwerfen des falschen Geldstückes ist bereits als der erste Teil der Wegnahmehandlung zu betrachten (40). In diesem Zeitpunkt liegt die Absicht der rechtswidrigen Zueignung beim Täter in der Regel bereits vor; anders ist es aber, wenn versehentlich ein falsches Geldstück eingeworfen wird, wenn der Einwurfende glaubt, er habe bei Einwurf eines gleichwertigen ausländischen Geldstückes einen Anspruch, wenn aus Schabernack ein falsches Geldstück eingeworfen wird und die Ware liegengelassen werden soll (41) und wenn der Automat ohne Geldeinwurf nur ausprobiert wird, aber infolge eines Fehlers funktioniert. In den letzteren Fällen kann dann aber Unterschlagung in Betracht kommen. Nach der Sachwerttheorie, die die Substanztheorie ergänzt (42), ist unter Zueignung die Gewinnung der Sache ihrem wirtschaftlichen Wert nach zu verstehen. Bei Wertpapieren besteht die Absicht auf Erlangung und Ausübung des durch das Papier verbrieften Rechtes. Inhaberpapiere besitzen den Wert der in ihnen verbrieften Forderung, ihr Verlust bedeutet Verlust

38) Bayr. ObLG NJW 55/1448

39) RG 52/147; 54/229

40) vgl. Schmitz Joh. S. 24

41) Förtsch S. 18

42) Schönke-Schröder § 242 Rn 47: Zueignungsbegriff aus der Vereinigung

der Forderung. Bei Legitimationspapieren und -Zeichen bedeutet zwar Besitzverlust noch nicht Verlust der Forderung, gleichwohl besitzen sie einen über den Stoffwert hinausgehenden wirtschaftlichen Wert, der durch die Wegnahme des Papiers zueignungsfähig ist. Mit der Entwendung von Fahrkarten und Bahnsteigkarten ist dem Vermögen des Automatenaufstellers nicht nur der bloße Makularwert, sondern gleichzeitig der Betrag, auf den die Kosten lauten, entzogen (43). Auch Speise- und Getränkemarken usw. aus Automaten kann man sich demnach zueignen (44). Werden aus einem Automaten Geldstücke entnommen in der Absicht, sie wieder einzuwerfen und dadurch eine Leistung eines Automaten auszulösen, so wurden die Münzen als Gegenwert für eine Leistung hingegeben, die ohne Übereignung eines solchen Gegenstandes nicht verabfolgt worden wäre. In dieser Verwendung des Geldes zur Verschaffung der Leistung liegt nicht ein bloßer Gebrauch, sondern die Zuführung des Sachwerts der fremden Geldstücke in das eigene Vermögen. Daß die Verwendung gegenüber dem Eigentümer stattgefunden hat, macht keinen Unterschied bei der Zueignung (45). Es liegt Diebstahl vor (46).

Die Zueignung ist dann nicht rechtswidrig, wenn der Täter einen Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache hat (47). Wenn das verlangte Geldstück in einen Warenautomaten eingeworfen wird, er aber nicht funktioniert, besteht zwar ein Anspruch aus einem gültigen Kaufvertrag, aber er richtet sich nicht auf eine bestimmte konkrete Sache, sondern dem Einwerfenden steht nur ein Gattungsanspruch zu. Hier entfällt nicht die Rechtswidrigkeit (48).

43) Schmitz Joh. S. 29

44) RG 40/11

45) RG 40/10

46) Bayr. ObLG JW 1930/2970

47) RG 25/172

48) RG 25/172; Schönke-Schröder § 242 Rn 57

e) Rechtfertigungsgründe

Die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung kann auch durch die Einwilligung des Eigentümers ausgeschlossen werden (49). In diesem Falle muß sie aber vor oder bei der Wegnahme erteilt werden (50). Eine solche Einwilligung entfällt bei den hier angeführten Fällen.

Als Rechtfertigungsgrund kann Selbsthilfe § 229 BGB in Betracht kommen, wenn der Automat trotz Einwurf des geforderten Betrages nicht leistet, eine andere als die gewünschte Leistung erbringt oder das Geld nach Druck auf den Geldrückgabeknopf nicht herausgibt. § 229 BGB erfordert einen bestehenden Anspruch, obrigkeitliche Hilfe darf nicht rechtzeitig zu erlangen sein, die Gefährdung der Verwirklichung des Anspruches muß bestehen, und die Selbsthilfe muß nach Art und Umfang erforderlich sein. Dabei ist die Selbsthilfe zwar zulässig zur Sicherung von Beweismitteln, aber zu befürchtende Beweisschwierigkeiten, wie es in vorliegendem Falle wäre, genügen nicht, weil es anderenfalls Vorteile gewähren würde, die auf dem Rechtswege nicht hätten erlangt werden können (51). Aus diesem Grund, und weil obrigkeitliche Hilfe in der Regel rechtzeitig zu erlangen ist, entfällt hier § 229 BGB. Im Einzelfall könnte § 904 vorliegen, nämlich dann, wenn der Automat Sachen enthält, mit denen eine gegenwärtige Gefahr abgewendet werden kann.

f) Versuch

Durch das Einwerfen eines falschen Geldstückes wird eine wesentliche Erschütterung und Zurückdrängung des fremden Gewahrsams bewirkt (52) und das Rechtsgut nach der Vorstellung des Täters unmittelbar gefährdet. Damit liegt der Anfang der Ausführung und damit Versuch vor. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Münze steckenbleibt, der Automat nicht leistet, weil er leer ist, oder ein Geldstück, das an einer Schnur hinabgelassen wurde, nicht mehr

49) Bei der Einwilligung in die Wegnahme entfällt dagegen bereits das Tatbestandsmerkmal der Wegnahme

50) Schönke-Schröder § 242 Rn 40

51) BGH 17/328; Palandt § 229 Anm 2

52) Schmitz Joh. S. 50

hochgezogen werden kann.

4) schwerer Diebstahl

a) § 243/2

Soweit der Tatbestand des § 242 bejaht wurde, kann auch eine Qualifizierung nach § 243/2 in Betracht kommen. Es muß aus einem Gebäude oder umschlossenen Raum mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechens von Behältnissen gestohlen werden.

aa) Gebäude, umschlossener Raum, Behältnis

Ein Gebäude ist ein unbewegliches, allseitig umschlossenes Bauwerk, das den Eintritt von Menschen gestattet und Unbefugte abhält (53) und das dazu geeignet und bestimmt ist, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen (54).

Der umschlossene Raum dagegen ist ein zum Fernhalten von Unbefugten eingegerter Raumteil oder, wie Schönke-Schröder (56) sagt, "jedes durch - zum mindesten teilweise - künstliche Hindernisse gegen das Betreten durch Unbefugte geschützte Raumgebilde, gleichgültig, ob es mit dem Grund und Boden fest verbunden ist oder nicht".

Behältnis endlich ist ein zur Aufnahme von Sachen dienendes, sie umschließendes Raumgebilde, das nicht bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden (57). Danach stellt ein Automat ein Behältnis dar.

bb) aus einem Gebäude

Wird z. B. aus einer Gastwirtschaft nach einem Einbruch der ganze Automat gestohlen, so liegt § 243/2 vor. Wie ist es jedoch, wenn ein Automat, der nur an der Außenmauer befestigt ist,

53) RG 49/51

54) vgl. Schwarz-Dreher § 243 Anm 2 A

55) Schwarz-Dreher § 243 Anm 2 B

56) § 243 Rn 10

57) Maurach II S. 206

erbrochen wird? Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 243 I 2 zeigen deutlich, daß die Strafschärfung den Schutz der in einem Gebäude oder umschlossenen Raum befindlichen Sachen gegen die gewaltsame Überwindung der durch sie geschaffenen Sicherung bezweckt. Durch Verwahrung in einem Gebäude oder umschlossenen Raum bringt der Gewahrsamsinhaber seinen Besitzwillen deutlich zum Ausdruck. Die besonders strafwürdige Stärke und Hartnäckigkeit der verbrecherischen Tatkraft zeigt sich gerade darin, daß der Täter, diesen Besitzwillen mißachtend, mit Gewalt in das durch jene Vorschrift geschützte, befriedete Besitztum eingreift (58). Ein an der Außenwand eines Gebäudes oder sonstigen umschlossenen Raumes befestigtes Behältnis erscheint nicht als Teil dieses Gebäudes oder Raumes selbst und befindet sich nach der Verkehrsanschauung nicht innerhalb des Gebäudes (59).

Anders ist es aber, wenn der Automat vom Mauerwerk umschlossen und ganz in die Außenmauer eingelassen ist (60). Hier kann man von dem Teil eines Gebäudes sprechen, denn der Automat wurde in den Frieden des Hauses einbezogen, befindet sich damit im Inneren und genießt den vermehrten strafrechtlichen Schutz gegen gewaltsame Verletzung der Umfriedung (61). Ob der Täter in dem Gebäude wohnt oder sich sonst darin aufhält, ist gleichgültig (62), da das Wort "aus" nur das Befinden des Behältnisses bezeichnet (63). § 243 I 2 liegt aber dann nicht vor, wenn einer einen Automaten erbricht, der in einem nichtverschließbaren, dem Zutritt des Publikums bei Tag und Nacht offenstehenden Vorraum z. B. eines Lichtspieltheaters an der Wand befestigt ist, und daraus stiehlt (64).

58) so BGH NJW 56/1041

59) BGH 9/173; JW 1930/920 MDR 55/650

60) RG 54/211 für eine Warenauslage, ohne Zugang von Innen

61) so BGH 15/134 für einen Schaukasten, der in ganzer Tiefe in eine Außenmauer eingelassen ist.

62) RG 7/419; RG 30/389

63) BGH 15/146; OLG Frankfurt NJW 1962/1879; anderer Meinung Schönke-Schröder § 243 Rn 24

64) BGH NJW 56/1079

cc) Einbrechen, Erbrechen

Das Behältnis muß erbrochen werden. Das Wort Einbruch wird bei unbeweglichen Sachen gebraucht, das Wort Erbrechen bei beweglichen Behältnissen (65). Somit entspricht das Wort Erbrechen dem Einbrechen (66). Eine Umschließung muß durch gewaltsame Beseitigung eines dem Diebstahl entgegenstehenden Hindernisses aufgehoben werden (67). Zur Gewalt gehört die Aufwendung nicht unerheblicher körperlicher Kräfte (68), wodurch die Widerstandskraft im Einzelfall überwunden wird (69). Ein bestimmtes Maß an Kraftanstrengung ist dazu nicht erforderlich. Ein Unterschied zu § 243/3 besteht darin, daß dort technische List erforderlich ist, nicht - wie bei § 243/2 - technische Gewalt (70). Das Erbrechen erfordert Gestaltveränderung oder, ohne daß eine Substanzverletzung vorliegen muß (71), die Aufhebung eines mehr oder minder festen Zusammenhangs der Umschließung (72). Es genügt auch, wenn eine Öffnung der Umschließung erzeugt oder erweitert wird (73).

Das Erbrechen im unmittelbaren Anschluß an die Wegnahme außerhalb genügt, denn das ganze ist ein einheitlicher Vorgang (74). Beim Automaten liegt ein Erbrechen auch in dem Anbohren an der Seitenwand und dem Auslösen des Mechanismus mittels eines in das Loch eingeführten Drahtes (75). Kein Erbrechen liegt vor, wenn nur eine falsche Münze in den Einwurfschlitz eingezwängt wurde, weil nicht durch das Einzwängen eine Öffnung der Umschließung erzeugt

65) RG 44/74

66) Schwarz-Dreher § 243 Anm. 2 C c

67) Schwarz-Dreher § 243 Anm. 2 C a

68) vgl. RG 13/200

69) BGH NJW 56/389

70) Maurach II S. 209

71) RG 44/74

72) RG 4/353

73) RG 60/378

74) OLG München SJZ 49/201, Schönke-Schröder § 243 Rn. 22, Mezger II S. 143, anderer Meinung BGH NJW 61/418; Welzl S. 298; Bayr. OLG NJW 58/601

75) Maurach II S. 207; Bayr. OLG NJW 55/1448

wurde. Hier kann aber noch § 243/3 in Betracht kommen.

b) § 243/3

Es ist umstritten, inwieweit § 243/3 vorliegt, wenn eine falsche Münze in den Automaten geworfen wird. Trieber (76) bejaht § 243/3, weil eine besonders gefährliche Methode der Ausführung vorliege durch die Beschaffung der falschen Münze und des Gebrauchs und damit der Strafzweck des § 243/3 erfüllt sei. Er sagt: "Was der Eigentümer als besondere Sicherung seines Gutes angebracht hat, das wird dem Täter mit Hilfe des falschen Schlüssels zum Mittel, um ohne weitere Gewalt an fremdes Eigentum heranzukommen". Im vorliegenden Falle geht es wesentlich um die Begriffe "Eröffnen" und "zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmte Werkzeuge". Fest steht nach der herrschenden Meinung, daß eine falsche Münze kein falscher Schlüssel ist. In Betracht kommt aber die Eigenschaft eines Werkzeuges.

aa) Werkzeug

Nach Ertel (77) ist Werkzeug jeder bewegliche Gegenstand der Sinnenwelt, welcher durch menschliche Körperkraft in Bewegung gesetzt wird. Insoweit sei dann auch ein Bleiknopf, der in einen Automaten geworfen wird, als Werkzeug anzusehen, das nicht zur ordnungsmäßigen Eröffnung bestimmt ist (78). Hiergegen ist jedoch zu sagen, daß es sich bei § 243/3 um ein Sperrwerkzeug handeln muß, weil der Gesetzgeber bei § 243/3 einen Verschlusmechanismus im Auge hat, zu dessen ordnungsmäßiger Eröffnung Schlüssel, wie Schlüssel wirkende (79) oder diesen vertretende Werkzeuge (80) gehören. Es muß sich um ein eigens verfertigtes Werkzeug handeln (81). Hiervon kann nicht die Rede sein bei Geldmünzen, deren sich jeder bedienen kann (82). Ebenso findet es Günther (83) befremdlich, daß echte Geldstücke

76) S. 26 aaO.

77) S. 39 aaO.

78) Ebenso Heubusch S. 23

79) RG 13/200

80) RG 27/285

81) RG 34/45

82) Förtsch S. 24

83) S. 31 aaO.

echte Schlüssel, falsche Geldstücke falsche Schlüssel wären.

bb) Eröffnen

Für das Eröffnen ist wichtig, daß ein Schloß oder schloßartiger Mechanismus vorliegt und daß darauf eingewirkt wird (84). Als Schloß ist dabei jeder Verschuß zu bezeichnen, der ordnungsgemäß nur durch ein besonderes, dazu bestimmtes Werkzeug von außen zu öffnen ist (85).

Ein Eröffnen befürwortet Ertel (86) indem er sagt:

"Der Apparat wird nicht in landläufigem Sinne eröffnet, sondern er öffnet sich mittels einer mechanischen Auslösung eben selbst, wenn nur die Bedingungen vorhanden sind, wodurch die Eröffnung bewirkt werden kann. Das mechanische Zwischenglied macht das Eröffnen nicht zunichte, § 243/3 liege vor". Höfer (87) führt dazu aus, die Schieblade z. B. sei eben durch den Mechanismus vor unbefugtem Herausziehen geschützt, während ohne diesen Verschuß der Gegenstand dem Zugriff jedermanns ausgesetzt wäre.

Wenn man die Verschußeigenschaft wie Höfer bejahen würde, dann wäre jeder Rechtsgenosse berufen, die Versperrung zu eröffnen. So könnte der Automat durch eine zahllose Menge umlaufender Münzen eröffnet werden, von denen man nicht sagen kann, daß sie der Aufsteller zur ordnungsmäßigen Eröffnung bestimmt hat. Das Innere eines verschlossenen Behältnisses darf, um überhaupt als verschlossen zu gelten, nicht der Allgemeinheit zugänglich sein. Mit der Münze wäre das aber der Fall (88). Deswegen kann bei § 243/2 nur ein solches Verschußmittel in Betracht kommen, welches bei ordnungsmäßiger Öffnung ausschließlich durch ein eigens hierzu verfertigtes Werkzeug von außen zu öffnen ist (89).

84) vgl. RG 27/285; 52/321; 53/277; BGH 5/207

85) Eine Schließvorrichtung, die mit der bloßen Hand dirigiert wird, reicht dazu nicht aus (Försch S. 24)

86) S. 41

87) S. 30 aaO.

88) Schienle S. 39

89) Schmitz Joh. S. 35;

Was die Eigenschaft des Mechanismus als Verschuß betrifft, so ist dazu folgendes zu sagen; Schloß und Sperrmechanismus beim Automaten haben verschiedene wirtschaftliche Bedeutung. Das Schloß soll den Inhalt vor unberechtigtem Zugreifen schützen, während der Automatenmechanismus den Automaten zum Verkäufer machen soll. Wird statt Geld ein anderer Gegenstand in den Automaten eingeworfen, so wird dadurch die zeitweise Hebung einer, den Austritt aus der dazu bestimmten Öffnung hindernden Sperrung bewirkt, es liegt jedoch kein Eröffnen im Sinne des § 243/3 vor. Es wird nicht der Verschuß angetastet (90), sondern nur auf den Mechanismus eingewirkt (91), und der Gegenstand fällt dann durch eine schon vorhandene Öffnung (92). Das Ingangsetzen des Mechanismus ist aber kein Eröffnen (93).

Aus diesen Erörterungen ergibt sich, daß bei Einwurf einer falschen Münze in den Automaten weder ein Eröffnen vorliegt, noch ein zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmtes Werkzeug und damit für diesen Fall § 243/3 entfällt.

5) Mundraub

Besondere Bedeutung beim Diebstahl von Sachen aus Automaten kommt dem § 370 I 5 zu. Es muß sich um Nahrungs-, Genußmittel oder Gegenstände des hauswirtschaftlichen Gebrauchs handeln.

Nahrungsmittel sind Gegenstände, die zur Ernährung des menschlichen Körpers dienen, gleich ob sie einer Zubereitung bedürfen oder nicht.

Genußmittel dagegen sind Stoffe, die zur Befriedigung

90) Schwarz-Dreher § 243 Anm. 3 B

91) Böhmert S. 73

92) RG 34/45

93) so Schwarz-Dreher, § 243 Anm. 3 B; Heubusch S. 23; Leipz. Kom. § 243 Anm. II 3 b; Schienle S. 39 "sonst wäre auch der Kork auf einer Weinflasche ein Schloß" (Schels S. 31)

94) Schönke-Schröder § 370 Rn 15 (Text hierzu s. S. 33)

95) RMG 17/85 (Text hierzu siehe S. 33)

anderer Bedürfnisse des Körpers dienen, sofern sie durch die Aufnahme in den menschlichen Körper verbraucht werden, wie z. B. Tabak, Zigarren, Zigaretten, Süßigkeiten (94), nicht dagegen Seife, Zahnpasta (95), Parfüm (96), abgeschnittene Blumen (97). Das Riechen und der Anblick sind kein Genuß in dem hier verstandenen Sinne (98).

In ausdehnender Auslegung fallen auch noch unter Genußmittel die zum Bezug von Genußmitteln berechtigenden Marken (99). Das gleiche muß auch für Nahrungsmittel gelten.

Bei den "Gegenständen des hauswirtschaftlichen Gebrauchs" kommt es nicht auf die Zweckbestimmung in concreto an, entscheidend ist lediglich die der Volksanschauung und der Übung des Volkes entsprechende allgemeine Gebrauchsbestimmung (100). Stets aber muß die bestimmungsgemäße Verwendung in der stofflichen Zerstörung oder Umwandlung bestehen (101). Der Hauswirt schaft dient, was nach herrschender Gewohnheit vorzugsweise zur Erhaltung des vorhandenen Vermögens, zur Beschaffung des Unterhalts für die Hausgenossen oder zur Befriedigung von sonstigen Bedürfnissen des täglichen Lebens zu dienen bestimmt ist, wie Seife, und Zahnpasta, aber nicht Parfüm (102). Gas und Zündhölzer gehören zum hauswirtschaftlichen Gebrauch, während das bei Briefmarken, Bahnsteigkarten, Filmen, Schreibpapier und Zeitungen nicht der Fall ist (103). Benzin fällt nur darunter, wenn es sich um einen nicht gewerblichen Wagen handelt (104).

96) Schwarz-Dreher § 370/5 Anm. C/a/bb

97) RG 4/72

98) Ertel S. 44

99) OLG Bremen JZ 1956/256; Schönke-Schröder § 370 Rn. 15

100) RG 58/375; Bayr. OLG JW 1926/2204

101) Triebler S. 31; RG 53/230, 58/375; Schmitz Joh. S. 37

102) Schönke-Schröder § 370 Rn 16

103) KG JW 1917/619, Schmitz Joh. S. 37

104) Köln NJW 59/1982; anderer Meinung OLG München

6) Notentwendung

Werden aus einem Automaten geringwertige Gegenstände aus Not entwedet, so kommt weiterhin § 248 a in Betracht. Bei Automaten ergeben sich dazu keine Besonderheiten.

7) Unterschlagung

In besonderen Fällen kommt bei Automaten auch Unterschlagung in Betracht.

a) Fundunterschlagung

Zunächst sind es Fälle der Fundunterschlagung. Die Sache muß fremd, aber ohne Gewahrsam sein. Das ist dann der Fall, wenn eine Sache vergessen wurde im Automaten und der Vergessende sich nicht an den Ort erinnern kann, oder wenn der Gewahrsam des Aufstellers gebrochen wurde, die Sachen aber liegengelassen wurden. In diesen Fällen genügt es für die Unterschlagung, wenn die Erlangung des Gewahrsams und die Zueignung gleichzeitig erfolgen (1).

b) bei Vertrauensmann

Wenn ein Vertrauensmann, der den Automaten nur auffüllen soll, Ware oder Geld an sich nimmt in Zueignungsabsicht, so begeht er Unterschlagung (2).

c) Zueignungsabsicht nach dem Einwurf

Jemand, der versehentlich eine falsche Münze in einen Warenautomaten wirft, hat noch keine Zueignungsabsicht in dem Zeitpunkt des Einwurfs. Wird jedoch der Irrtum nach dem Einwurf und nachdem der Einwerfende Gewahrsam hat, bemerkt, so eignet er sich eine in seinem Gewahrsam befindliche fremde Sache zu, da er nach § 929 nicht Eigentümer der Ware geworden ist und begeht damit Unterschlagung.

1) Schönke-Schröder § 246 Rn. 9

2) Förtsch S. 14

Ähnlich gelagert ist der Fall, daß man ohne Zueignungsabsicht einen Automaten ausprobiert, ob er auch ohne Einwurf leistet, und der Automat leistet tatsächlich Ware oder Geld. Erfolgte die Leistung dabei mittels eines dereliquierten Geldstückes, das bislang ungenutzt im Automaten lag, so kann sich der Benützer dieses Geldstück nach § 958 BGB wirksam aneignen und auch wirksame Verträge mit dem Automatenaufsteller schließen. Er macht sich in diesem Falle nicht strafbar. Handelte es sich dagegen um fremdes Geld oder erfolgte die Warenausgabe ohne Geldeinwurf, so kommt Unterschlagung in Betracht, wenn bei der Betätigung am Automaten der Benützer von dem Nichtfunktionieren nichts weiß und vor der Gewahrsamerlangung noch keine Zueignungsabsicht hat. Weiß er von dem Nichtfunktionieren, liegt Diebstahl vor.

Wird infolge eines Fehlers im Automaten zuviel geleistet, so kann der Benützer eine Zueignungsabsicht bekommen, wenn er schon an dem Zuvielgeleisteten Gewahrsam hat. Da bezüglich des Zuvielgeleisteten kein Angebot des Aufstellers vorliegt, konnte der Benützer auch nicht Eigentümer werden, und es kommt Unterschlagung in Betracht (Fundunterschlagung).

Leistet der Automat etwas anderes als gewünscht wird, so kann man in der Regel davon ausgehen, daß ein anderes Angebot bereits vom Automatenaufsteller ausgeht, und hier kann der Benützer Eigentum erwerben durch Annahme des Angebotes.

Kommt nach erbrachter Leistung das Geld zurück, so hat keine Übereignung des Geldes stattgefunden und es ist damit auch nicht fremd. Die Ware dagegen geht in das Eigentum des Benützers über.

8) Entziehung elektrischer Energie

Beim Mißbrauch von Münzfernsprechern ist § 248 c - vor 1953 im wesentlichen gleichlautend mit § 1 des Gesetzes über die Bestrafung der Entziehung elektrischer Energie - von besonderer Bedeutung.

a) Anlage

Eine elektrische Anlage ist eine auf längere Dauer berechnete Vorrichtung, die der Erzeugung und Fortpflanzung elektrischer Energie dient, während eine Einrichtung der Ansammlung und Aufbewahrung elektrischer Energie dient und für längere oder kürzere

Zeit bestimmt sein kann. Daß die Fernsprecheinrichtung mit dem Fernsprechnetze eine solche elektrische Anlage oder Einrichtung ist, kann nicht zweifelhaft sein (3). Da es sich bei elektrischer Energie, wie schon früher dargelegt wurde, um keine körperliche Sache handelt, sind das Wort fremd und Zueignung in § 248 c nur im übertragenen Sinne zu verstehen (4).

b) Entziehung

Die elektrische Energie muß entzogen werden. Möglich ist dabei, daß eine Überleitung in eine andere Vorrichtung erfolgt, verlangt wird das aber nicht. Die Form, in welcher die der Leitung entzogene Energie schließlich dem Täter nützlich wird, ist gleichgültig (5). Eine Entziehung liegt auch dann vor, wenn die elektrische Energie in der Anlage selbst verbraucht wird, wie z. B. durch Kurzschluß (6).

c) Leiter

Der Entzug muß mittels eines Leiters erfolgen. Ein Leiter ist jede Vorrichtung, die vermöge ihrer physikalischen Eigenschaft den elektrischen Strom weiterleitet (7), also ein Körper, der die Fähigkeit besitzt, die ihm in einem Punkte mitgeteilte elektrische Energie über seine Oberfläche fortzupflanzen (8), oder mit anderen Worten: "Leiter ist jeder zur Aufnahme und Fortpflanzung der elektrischen Spannung geeignete Körper, der mit einer fremden elektrischen Anlage oder Einrichtung metallisch verbunden oder mit dem Erfolg der Erzeugung von Induktionsströmen in räumliche Beziehung gebracht wird" (9). Die Eigenschaft eines Leiters hat auch eine Münze.

Das Wort "mittels" darf aber dabei in § 248 c nicht übersehen werden.

3) Schmitz Th. S. 17

4) Schmitz Joh. S. 40

5) Kohlrausch ZStW Bd 20/505

6) so Kohlrausch S. 468

7) RG 68/65; RG in GA 55/314

8) Schmitz Th. S. 17 ff

9) RG 39/437

d) "mittels"

Die Worte "mittels eines Leiters" können im engeren oder weiteren Sinne verstanden werden, je nachdem, ob man die Fähigkeit, Elektrizität zu leiten, nur als eine allgemeine Eigenschaft des benutzten Körpers fordert oder aber verlangt, daß dieser Körper in dem betreffenden Fall als Leiter in Betracht kommen muß, daß also gerade seine Eigenschaft, Leiter zu sein, seine Anwendung veranlaßte. Der Gesetzgeber wollte diese engere Auslegung, nämlich daß er nicht nur ein Leiter ist, sondern daß im konkreten Fall elektrischer Strom durch ihn geleitet wird (10). Wie ist das aber im konkreten Fall, wenn z. B. eine falsche Münze in einen Fernsprechapparat geworfen wird? Neugebauer (11) bejaht hier den Entzug mittels eines Leiters, weil die Münze in enge technische Verbindung mit der Energieübertragungseinrichtung gebracht wurde und einen wesentlichen Teil der Stromübertragungseinrichtung darstelle, für deren Wirkung das Vorhandensein der Münze eine unentbehrliche Voraussetzung sei. Bei einer solchen technischen Gestaltung entspräche es der Wirklichkeit des Lebens, wenn man die Münze als einen unentbehrlichen Wesenteil des elektrischen Leiters für die Energieübertragung anerkenne. Etwas präziser ausgedrückt wäre dann der Leiter der Gesamtmechanismus, der aus Münzfühlhebel, falscher Münze und Nummernscheibe besteht (12). Dagegen ist zu sagen, daß die Wendung "mittels eines Leiters" bewußt dem physikalischen Begriff eines Leiters nachgebildet ist und nur im Rahmen der Elektrizitätslehre zu verstehen ist. Es sollte bewußt eine Reihe von Fällen ausgeschaltet werden (13). Der Münze wird die Energie nicht in irgendeinem Punkte mitgeteilt (14), sie wird damit nicht in den Stromkreis eingeschaltet und ist deswegen kein Leiter (15). Beim Telefonautomaten fällt der Münze nur die Aufgabe zu, durch ihr Eigengewicht den Münzfühlhebel in Tätigkeit zu setzen (16), damit die Sperre aufzu-

10) Kohlrausch ZStW Bd 20/498

11) JW 1934/2826

12) so LG Berlin JW 1934/2874; OLG Kiel JW 1934/2870

13) Schienle S. 47

14) so Schmitz Joh. S. 40; vgl. Maurach II S. 318

15) so Zeiler JW 1935/476;

16) Schmitz Th. S. 8

heben (17) und die Leitung freizugeben (18).

e) ordnungsmäßiger Leiter

Zu prüfen ist aber noch, ob nicht die ganze Leitung durch den Einwurf eines falschen Geldstückes zum ordnungswidrigen Leiter wird.

Matzke (19a) vergleicht einige Urteile (19b) des Reichsgerichts zu § 243/3, wo die Bestimmung über den ordnungsmäßigen Schlüssel vom Berechtigten von vorneherein auf eine Frist begrenzt werden kann und ein Urteil zu § 248 c (20), wonach eine Bestimmung zur ordnungsmäßigen Entnahme, welche durch die Art oder den Zweck der Entnahme bedingt wäre, als unzulässig erklärt wird und kommt zu dem Schluß, daß nicht einzusehen ist, inwieweit ein Unterschied zwischen Befristung einerseits und einer inhaltlichen Beschränkung andererseits bestehen solle.

Kahl (21) meint, es komme darauf an, ob der Leiter im einzelnen Falle nach dem Willen des Eigentümer oder Gebrauchsberechtigten zum Zwecke der Entnahme dienen solle.

Richtig ist, daß die Bestimmung eines Leiters zur ordnungsmäßigen Entnahme ausschließlich von dem auszugehen hat, der über die Abgabe des Stromes verfügt (22) durch eine anderen erkennbar gewordene Willenserklärung (23). Die Deutsche Bundespost hat das Fernsprechnetzt dem allgemeinen Gebrauch freigegeben und gab damit zu erkennen, daß dieses Netz ein ordnungsmäßiger Leiter ist, ohne eine Bedingung anzufügen. Bei Benutzung des Fernsprechers folgt daraus, daß dem von der Bundespost zum Betrieb der Fernsprechanlage bestimmten Leiter, die Eigenschaft zur ordnungsmäßigen Entnahme bestimmt zu sein, nur von der Bundespost wieder entzogen werden kann. Der Wille muß aber erkennbar sein, es genügt auch eine konkludente Handlung. Da aber die Bundespost im Einzelfall

17) so RG 68/65

18) Schmitz Th. S. 17

19a) JW 1934/1609

19b) RG 40/81; 11/436

20) RG 35/313

21) DJZ 1900/30

22) so RG in GA 55/314

23) so Schmitz Th. S. 17 ff.

nicht erfährt, ob die Benutzung ordnungsmäßig ist, kann sie auch nicht den Willen, die Bestimmung aufzuheben, äußern. Dann bleibt der Leiter ordnungsgemäß.

Ausschlaggebend ist weiterhin, daß die Bestimmung eines Leiters zur ordnungsmäßigen Entnahme von elektrischer Arbeit eine Eigenschaft von gewisser Dauer ist (24). Ein Apparat, der zur ordnungsmäßigen Entnahme bald bestimmt ist, bald nicht, gehört zu den logischen Unmöglichkeiten (25). Die falsche Münze ist einer "falschen" Hand am Lichtschalter vergleichbar, wo auch die Leitung als solche ordnungsmäßig bleibt. So ist es unsinnig zu sagen, wenn die Anlage ordnungsmäßig benutzt wird, liegt ein ordentlicher, sonst aber ein ordnungswidriger Leiter vor (26).

Demnach liegt beim Einwurf falscher Münzen § 248 c nicht vor, weil ordnungswidrig nur die Art und Weise ist, wie sich der Angeklagte den Zugang zur ordnungsmäßigen Benutzung der Leitung freimachte (27). Die eingeworfenen Gegenstände schaffen nur die Voraussetzung für die Benutzung der Leitung (28). Die Sperrvorrichtung bedeutet nur, daß der ordnungsmäßige Leiter nur nach ordnungsmäßiger Zahlung benutzt werden darf, nicht, daß der Leiter nur unter ordnungsmäßiger Zahlung ein ordnungsmäßiger ist (29).

Es kommt also nicht darauf an, ob im Einzelfall der Leiter nach dem Willen des Berechtigten dem Zweck der Entnahme nicht dienen soll (30).

Bei einem Sonderfall, dem Elektrisierautomaten, nimmt Caesar (31) an, daß in diesem Falle die Person Leiter ist, ebenso Weinschal (32).

24) so RG 35/311

25) so Kohlrausch S. 504

26) so Triebler S. 34

27) RG 68/65

28) RG 68/65; Bayr. ObLG JR 61/270

29) so Schmitz Th. S. 17 ff

30) Stenglein § 1 Anm. 6 (Gesetz über Bestrafung der Entziehung elektrischer Energie)

31) S. 31 aaO.

32) "Pseudogeld und Benutzer sind Leiter".

Jedoch muß ein Stromleiter derart in die Anlage gebracht werden, daß die elektrische Arbeit durch ihn hindurch dem Täter zugeht. Nach Sinn und Wortlaut des Gesetzes werden von der Strafvorschrift aber nicht die Fälle erfaßt, in denen der Täter selbst unmittelbar die elektrische Energie in sich aufnimmt. Es fehlt alsdann am Leiter (33). Liegt § 248 c nicht vor, so kommt aber die Bestimmung des § 265 a in Betracht (34).

g) Verstoß gegen das Fernmeldeanlagengesetz

Beim "Münzfernsprechbetrug" ist noch an die Verletzung der §§ 15 und 19 des Fernmeldeanlagengesetzes zu denken. Nach § 15 muß eine Fernmeldeanlage entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes errichtet oder betrieben werden. Das Schöffengericht Breslau (35) wendet die §§ 7, 15 an, indem es sagt, Betreiben sei jede Benutzung zur bestimmungsmäßigen Übermittlung. Benutzt der Täter demnach ein falsches Geldstück, so handle es sich um eine verbotene Benutzung.

Dagegen ist einzuwenden, daß durch § 15 Fernmeldeanlagengesetz das Fernmelderegal (= Hoheitsrecht) geschützt werden soll und sich das Handeln gegen Bestand und Umfang des Fernmeldehoheitsrechtes der Bundespost richten muß (36).

In dieses Recht will aber einer, der eine Betriebseinrichtung ordnungswidrig benutzt, nicht eingreifen (37).

Auch sind Betreiben und Benutzen unterschiedliche Begriffe (38). Da bei der Benutzung einer minderwertigen Münze die Störung nicht durch Verwendung elektrischer Arbeit erfolgt und die Entziehung nicht eine Störung oder Verhinderung des Betriebes zur Folge hat, liegt auch § 19 grundsätzlich nicht vor (39).

33) so Schmitz Joh. S. 42

34) Der "Fernsprechbetrug" war mit Anlaß für die Einfügung des § 265 a ins StGB

35) Urteil im Archiv für Post und Telegraphie 1933/267

36) so Neugebauer JW 1934/2826

37) Schmitz Th. S. 27

38) Schienle S. 53

39) Schmitz Th. S. 27

10) Betrug

Als Täter eines Betruges bei Automaten kommt der Verkäufer von Automaten, der Aufsteller und der Benützer in Betracht.

a) Tatsache

Zunächst bedarf es bei § 263 eines kurzen Eingehens auf den Begriff Tatsache. Der Ausdruck "falsche Tatsache" oder "wahre Tatsache" ist an sich widersinnig (40). Tatsache als etwas Gegebenes ist immer wahr, falsch kann nur sein, was der Wirklichkeit nicht entspricht. Wer also eine falsche Tatsache behauptet, hat - ob bewußt oder unbewußt - eine unrichtige Vorstellung von der Wirklichkeit. Er setzt gleichsam etwas nach seiner Erkenntnis Mögliche an die Stelle der Wirklichkeit. Bezeichnet man dieses denkbar Mögliche als Erkenntnistatsache, so entsteht eine falsche Tatsache dadurch, daß man eine innere Tatsache als eine in Wirklichkeit gegebene Tatsache hinstellt. Die erstere ist in diesem Falle die falsche Tatsache. Daraus ergibt sich, daß man die inneren Tatsachen dem Tatsachenbegriff im Sinne des § 263 zurechnen muß. Tatsache ist dann alles, was gewußt werden kann, einerlei, ob es der Außenwelt angehört oder eine Erfahrungstatsache des Innenlebens ist (41).

b) Irrtum allgemein

Der Täter muß auf Grund der Täuschungshandlung einen Irrtum erregt oder unterhalten haben. Das ist dann der Fall, wenn ein irreführender Einfluß auf die Vorstellung eines anderen ausgeübt wurde, oder mit anderen Worten, ein Irrtum ist erregt, wenn z.B. das Verhalten des Automatenbenützers für die Entstehung der Vorstellung kausal ist und diese Vorstellung falsch ist; ein Irrtum wird unterhalten, wenn bewirkt wird, daß eine schon vorhandene falsche Vorstellung fort dauert. Der Irrtum ist das Analogon zur Täuschung. Das Merkmal des Irrtums besteht in der falschen Vorstellung. Der Getäuschte muß ein Vorstellungsvermögen haben, das der Betätigung fähig ist und deswegen einer Beeinflussung ausgesetzt ist. Das erhellt, daß zum Irrtum Willensfähigkeit gehört (42).

40) vgl. Maurach II S. 291

41) vgl. Olshausen § 263 Anm 9, Maurach II S. 291, Engisch Log. Studien S. 39 ff

42) Schmitz Joh. S. 14

c) Betrug des Aufstellers

Der Verkäufer von Automaten begeht Betrug, wenn er z. B. den Käufer von Automaten über die Gewinnmöglichkeiten täuscht, der Automatenaufsteller, wenn er den Automaten in Schädigungsabsicht nicht oder mit minderwertiger Ware auffüllt oder Fehlerquellen nicht beseitigt (43).

Ein Sonderfall ist es, wenn bei einem Glückspielautomaten der Aufsteller die die Gewinnchancen erhöhende Bremsvorrichtung ausschaltet und dadurch die Gewinnchancen des geschickten Spielers mindert. Da der Spieler eine geringere Spielchance erhalten hat, als ihm nach dem Spielplan zustand, ist er geschädigt. Der erstrebte rechtswidrige Vermögensvorteil für den Aufsteller liegt sowohl darin, daß der Täter eine Vermögensverminderung verhindern will, die er auf Grund des objektiven Spielvertrags in Kauf nehmen muß, als auch, daß er den "Automatenschreck" (eine Person, die den Automaten ausnimmt) weiterhin zu den Bedingungen eines Blindspielers als Spieler behalten will (44).

Betrug ist es auch, wenn der Automatenaufsteller dem Benützer eine Leistung verspricht durch die Aufschrift auf dem Automaten, die der Automat nicht erbringt, z. B. einen Glückspielautomaten fälschlicherweise als Geschicklichkeitsautomaten ausgibt. Die Täuschungshandlung wird in diesem Falle begangen durch Vorspiegelung falscher Tatsachen.

d) Benützer als Betrüger

Wenn der Benützer als Betrüger in Betracht kommt, kann er sich einmal dem Automaten allein, oder noch einer weiteren Person gegenüber befinden, sei es, daß sie anwesend ist oder daß sie in den Leistungsvorgang eingeschaltet wird, wie das bei Münzfernsprechern

43) Vielfach sind aber die Automaten heute schon mit Vorrichtungen versehen, die anzeigen, ob er leer ist oder außer Betrieb, z. B. auch durch grünes Licht wie bei Spielautomaten, die Wechselbereitschaft anzeigen.

44) BGH NJW 57/1162. In diesem Fall macht sich der Aufsteller außerdem noch nach gewerberechtlichen Vorschriften, §§ 146 I/5, 33 d GewO strafbar.

noch teilweise möglich ist. Zunächst zu der Fallgestaltung, wo der Benutzer nur dem Automaten gegenübersteht.

aa) Benutzer steht dem Automaten allein gegenüber

aaa) Täuschungshandlung

Da auch derjenige eine falsche Tatsache vorspiegelt, der eine Absicht vorspiegelt, die seiner bereits feststehenden nicht entspricht, liegt eine Täuschungshandlung nach § 263 vor, wenn einer durch den Einwurf einer falschen Münze vorspiegelt, er habe die vorgeschriebene Gebühr entrichtet, oder wenn jemand durch den Einwurf einer Münze in den Münzfernsprecher die Absicht vorspiegelt, er wolle die Gebühr entrichten, aber in Wirklichkeit die Absicht hat, die Münze, nachdem er den Apparat für seine Zwecke benutzt hat, wieder an sich zu nehmen (45).

bbb) Irrtumserregung

Was die Irrtumserregung bei einem Automaten betrifft, so behauptet sie Günther (46), indem er ausführt: "Wer leistet, kann auch unter Irrtum leisten, d. h. betrogen werden; wer Willenserklärungen abgibt, kann sie auch unter dem Einfluß des Irrtums abgeben; wie man durch Maschinen stehlen oder betrügen kann, so kann man auch in Form einer Maschine betrogen oder bestohlen werden".

Zur Klarstellung, ob ein Irrtum beim Einwurf einer falschen Münze erregt wurde, muß zunächst einmal untersucht werden, ob der Automat selbst, indem man ihn personifiziert, oder der Automaten-aufsteller als Subjekt des Irrtums in Betracht kommt. Ertel (47) führt dazu aus: "Die Personifikation ist uralte. In Dichtung, Rhetorik usw. war es von jeher üblich, einer poetischen Figur, abstrakten Dingen oder leblosen Dingen menschliche Persönlichkeit beizumessen. Für die Jurisprudenz erscheint das jedoch unannehmbar, denn diese hat es mit der Wahrheit zu tun, und diese Wahrheit erleidet einen Stoß, wenn man eine Sache zu einer handelnden, menschlich empfin-

45) Schmitz Th. S. 14

46) S. 32 aaO.

47) S. 21 aaO.

denden Person erhöhen will", und Schmitz Th. (48) meint, eine Maschine - und eine solche ist ein Automat - mag noch so sinnreich erfunden sein, sie bleibe immer ein Geistesprodukt und werde nie mit selbständigem Denkvermögen ausgestattet werden können; es fehle das menschliche Empfinden und die Handlungsfähigkeit, infolgedessen könne der Automat auch nicht getäuscht werden.

Der Automat hat keine sinnliche Wahrnehmung und Vorstellung (49), und die Möglichkeit eines Motivationsprozesses entfällt (50), er ist willenlos (51) und vermag auch den Willen nicht zu ersetzen (52). Seine Leistung wird so nicht intellektuell, sondern durch technisch wirkende Mittel erschlichen (53). Daraus ergibt sich, daß der Automat als Mechanismus nicht getäuscht werden kann (54).

In § 263 ist aber nicht gesagt, bei wem der Irrtum erregt worden sein muß, es kann also auch der Automatenaufsteller sein, bei dem ein Irrtum erregt wird.

Für einen Irrtum wird angeführt, daß der Aufsteller den Automaten unter der Bedingung aufgestellt habe, daß sich jeder den Benützungsbedingungen unterwerfe. Diese Vorstellung mache aber der Täter durch Einwerfen eines falschen Geldstückes zu einer falschen und benutze diesen Irrtum, den er selbst hervorgerufen habe, um den Eigentümer mittels des Automaten zur Herausgabe des Vermögenswertes zu bewegen (55).

Im allgemeinen wird es so sein, daß der Automatenaufsteller diese Vorstellung nur bis zum ersten Mißbrauch haben wird (56).

48) S. 14 aaO.

49) so Böhmert S. 56

50) Maurach II S. 318

51) Schienle S. 12

52) Schmitz Joh. S. 15

53) Maurach II S. 318

54) so Höfer S. 16; Auwers S. 58; Triebler S. 14; Dreher MDR 1952/563

55) so Eckstein GA 58/271 nur für den Fall, daß ein Papierstreifen in den Einwurfschlitz gesteckt wird und ein danach eingeworfenes Geldstück in das Gewinnloch fällt.

56) so Schmitz Th. S. 16

Möglich ist aber auch, daß der Automatenaufsteller die, wenn auch allgemeine, Vorstellung hat, sein Automat werde oder könne nicht mißbräuchlich benutzt werden. Geschieht das doch, so wird die vorhandene Vorstellung falsch (57). Diese irrige Vorstellung wird jedoch nicht durch die Täuschung des Benützers erregt, noch wird diese Vorstellung durch das Verhalten des Täters irgendwie bestärkt oder der Aufsteller in der Erkenntnis der wahrheitsgemäßen Vorstellung durch die Täuschungshandlung irgendwie gehindert (58). Der Automatenaufsteller weiß ja von der Benützung, wenn er nicht zufällig dabei steht, nichts (59), er hat also keine Kenntnis von der Ordnungsmäßigkeit oder Ordnungswidrigkeit der einzelnen Benützung, auf die es ankommt (60). Damit fehlt es an der Kausalität - auch bezüglich einer Vermögensverfügung. Man kann in diesen Fällen von einer strafrechtlich unbeachtlichen Benützung eines Irrtums sprechen, die weder Erregung noch Unterhaltung eines Irrtums ist. Der Mißbraucher beeinflusst nicht die Vorstellung des Aufstellers, er bewirkt nur, daß dessen Vorstellung falsch wird (61).

Die Möglichkeit des Vertragsabschlusses in Abwesenheit ändert nichts daran, daß der Einwurf des Falschstückes auf den Willen des Aufstellers keinen Einfluß hat.

bb) neben dem Automaten ist noch eine Person zugegen

Ein besonderer Fall ist es, wenn bei einem Münzfernsprechautomaten ohne Selbstanschluß, wo eine Beamtin das Gespräch vermittelt, eine falsche Münze in den Automaten geworfen wird. Der technische Vorgang ist dabei der, daß ohne Münze das Vermittlungsamt angerufen werden kann und erst nach Herstellung der Verbindung die Aufforderung zur Zahlung erfolgt (62). Die Vermittlungsperson überwacht den Einwurf der Münze durch Glockenzeichen und stellt erst nach erfolgter Zahlung die gewünschte Verbindung her.

57) Triebler S. 18

58) so Schmitz Joh. S. 15; Triebler S. 18

59) so Böhmert S. 56

60) Höfer S. 16

61) Schienle S. 13

62) Schmitz Th. S. 5

Zeiler (63) verneint hier einen Betrug, weil der Beamte hier nur mechanisch tätig werde und nicht in der Lage sei nachzuprüfen, ob eine echte Münze verwendet wurde und deswegen in ihm kein Irrtum erregt werden könne. Diese Meinung ist jedoch nicht zutreffend.

Wird auf die Aufforderung des Beamten, Geld einzuwerfen, Falschgeld eingeworfen, so wird dem Beamten vorgespiegelt, der Benutzer hätte, wie jede andere Person, die sich des Münzfernsprechers bedient, seiner Verpflichtung durch Einwerfen der richtigen Münze genügt (64). Im Vertrauen auf diese unrichtigen Angaben stellt der Beamte erst die Verbindung her (65). Getäuschter und Geschädigter sind zwar in diesem Falle nicht identisch, aber der Getäuschte ist in der Lage, über fremdes Vermögen zu verfügen (der Vermittlungsbeamte könnte ja die mißbräuchliche Benützung unterbinden) (66), und das ist für den Betrug ausreichend.

Ein Betrug wird aber dann zu verneinen sein, wenn ein Benutzer von einem Automaten aus mit falschem Geld eine Zentralstelle anruft und dann eine Nebenstelle verlangt. Hier wird der Bedienstete der Zentralstelle nicht getäuscht, weil er die Zahlung nicht kontrollieren kann. Mangels Irrtum entfällt hier ein Betrug (67), abgesehen davon, daß der vermittelnde dann auch in den meisten Fällen nicht über das Vermögen der Bundespost verfügen kann.

Auch wer in der Absicht, die Gebühr nicht zu entrichten, ein Ferngespräch unter der täuschenden Vorgabe herbeiführt, ein Fernsprechteilnehmer und nicht der Benutzer eines Münzfernsprechers sei der Besteller, begeht einen Betrug nach § 263 (68).

Zu untersuchen wären jedoch noch diejenigen Fälle, wo die Münzautomaten, wie z. B. in den Postämtern, von Beamten beaufsichtigt werden, oder wo der Automatenaufsteller zugegen ist.

63) JW 1935/476

64) RG 68/65; vgl. Matzke JW 1934/1609; Neugebauer JW 1934/2826

65) Schmitz Th. S. 16

66) so Schmitz Joh. S. 17

67) Schmitz Th. S. 16

68) AG Leipzig DJ 1938/341

Schmitz Th. (69) führt dazu aus: "Selbst wenn der Beamte eine Vorstellung hätte, würde jedoch die Annahme des Betrugs daran scheitern, daß die Leistung durch den Automaten von der Vorstellung des Aufstellers bzw. dessen Vertreter oder Aufsichtsperson völlig unabhängig ist. Die Ausnutzung des Automaten beruht auf der Ausnutzung physikalischer Gesetze. Nur diese treten nach Einwurf der Münze in Wirksamkeit. Auch die stärkste Vorstellung des Aufstellers könnte das Wirksamwerden dieser Gesetze und damit die Leistungsbewirkung nicht verhindern". Förtsch (70) und Heubusch (71) meinen, daß keine Einwirkung auf den Willen des Inhabers vorliege und er nicht zur Leistung veranlaßt werden, ebensowenig, wie das bei einem Trickdiebstahl an einem Schlafenden der Fall sei. Der Leipziger Kommentar (72) hält dagegen einen Betrug für möglich, wenn ein Vertreter zugegen ist, seinerseits getäuscht wird und deshalb den Mißbrauch geschehen läßt.

Da auch die Vermögensverfügung in einem Unterlassen bestehen kann, kann sie in diesem Falle gerade darin liegen, daß der Beamte auf Grund der Täuschung es unterläßt, den Benützer von der regelwidrigen Benützung abzuhalten. Von Betrug kann in diesen Fällen gesprochen werden, soweit der Getäuschte verpflichtet ist, die mißbräuchliche Benützung zu verhindern (73) oder es will und wenn das Dulden eine durch Täuschung verursachte Zustimmung enthält (74).

11) Münzverbrechen

Die Verwendung von falschen Münzen läßt auch an Münzdelikten denken, so an § 146, der eine höhere Strafe androht als § 265 a.

a) Inverkehrbringen

Zunächst fragt es sich, ob von "Inverkehrbringen" die Rede sein kann, wenn nachgemachtes Geld in einen Automaten geworfen wird. Das Inverkehrbringen im Sinne des § 146 ist gegeben, wenn der Täter Falschgeld derart aus seinem Gewahrsam entläßt, daß

69) S. 16 aaO.

70) S. 11 aaO.

71) S. 9 aaO.

72) § 265 a Anm. 6

73) Caesar S. 21, Auwers S. 58

74) so Triebler S. 20

ein anderer in die Lage versetzt wird, sich des Geldes zu bemächtigen und nach seinem Belieben zu verfahren, insbesondere es weiterzuleiten (75). Das kann auch dadurch geschehen, daß der Täter das Geld einem anderen nicht unmittelbar gibt, sondern es in einen von diesem für den Empfang des Geldes bereitgestellten Automaten einwirft (76).

§ 146 setzt nicht voraus, daß der Täter das nachgemachte Geld als echtes in Verkehr bringt, sondern nur, daß er das Geld in dieser Absicht nachmacht (77). Dadurch, daß der Täter z. B. Metallplättchen nimmt und sie wie eine echte Münze benutzt, legt der Täter dem Metallstück keinen Münzwert bei, sondern er benutzt diesen Gegenstand nur, um die Wirkung des Automaten auszulösen (78). Da er keine höherwertige Münze vortäuscht (79), scheiden diese Fälle für unsere Betrachtung aus. Wie ist es aber, wenn eine Münze erst breit geklopft wird und dann an Stelle einer höherwertigen in den Automaten geworfen wird?

Der Täter hat hier durch die Veränderung der Münze weder den Schein eines höheren Wertes erweckt, noch erwecken wollen. Ein Schein ist nur dann erweckt, wenn die Münze durch Veränderung eine Beschaffenheit erhält, die den Arglosen im gewöhnlichen Verkehr über ihren Wert zu täuschen imstande ist. In vorliegendem Fall ging jedoch nicht die Beschaffenheit des niedrigeren Münzwerts verloren, es erfolgte keine Wert-, sondern nur eine Formveränderung, und § 146 entfällt (80) auch hier. Werden Münzen nachgemacht, weisen sie aber Mängel im Münzbild, im Glanz oder im Münzrand auf, so kommt es darauf an, ob sie geeignet sind, den beliebigen Arglosen zu täuschen, nicht den Aufsteller.

Die Absicht des Einwerfenden, mit falschen Münzen den Automaten in Gang zu setzen, schließt nicht die Absicht aus, Falschgeld in den Verkehr zu bringen (81), wenn sich der Täter damit Waren verschaffen will, aber damit rechnet, daß der Aufsteller die falschen

75) RG 67/167

76) Dreher MDR 52/563, Leipz. Kom. § 146 Anm 5 c; Maurach II, S. 477, BGH NJW 1952/311

77) Dreher MDR 52/563

78) so Schmitz Th S. 30

79) Maurach II S. 477

80) RG 68/65

Münzen erkennt und nicht weiterleitet. Der Täter hat in diesem Falle auch die Münzen hergestellt, um sie als echte in den Verkehr zu bringen.

Wenn die Falschgeldstücke auf den ersten Blick als plumpe Fälschung zu erkennen sind, bejaht der BGH aber auch in einer Entscheidung (82) Versuch des § 146.

Dagegen ist jedoch zu sagen, daß jemand, der plumpe Fälskate herstellt, von denen er weiß, daß sie niemand nehmen will, diese gar nicht als echte in den Verkehr bringen will (83).

12) Gewahrsamsbruch § 123

§ 123 könnte z. B. bei Briefmarken und Fahrkarten in Betracht kommen, jedoch sollen Gegenstände, die gebraucht und verbraucht werden, nicht auch aufbewahrt werden, und der Schutz dieser Strafbestimmung kommt ihnen demnach nicht zu (84).

13) Hausfriedensbruch

Da bislang noch nicht geklärt wurde, wieweit die Subsidiaritätsklausel des § 265 a reicht, werden auch die §§ 123 und 360 I 11 geprüft, die an sich eine geringere Strafe androhen als § 265 a. Beim Fernsprechermißbrauch, bei Toiletten mit Automatentüren, wie auch sonst bei Einlaßvorrichtungen, die sich gegen Bezahlung in einen Automaten öffnen, kann § 123 in Betracht kommen. Erforderlich ist, daß beim Betreten eines Raumes ein Hindernis überwunden wird; dieses muß jedoch nicht physischer Natur sein, es kann auch der erkannte, entgegenstehende Wille des Berechtigten sein (85). Dieser kommt auch konkludent zum Ausdruck dadurch, daß ein Raum nicht ohne Bezahlung einer Gebühr betreten werden soll, wie das bei Sperren und Toiletten der Fall ist. Hier ist § 123 zu bejahen.

81) BGH NJW 52/311

82) MDR 52/563

83) so Dreher MDR 52/563

84) Schmitz Joh. S. 48

85) RG 5/110

AG Leipzig (86) meint, eine Fernsprechzelle werde nur für diejenigen bereitgehalten, die ordnungsgemäß und unter Beachtung der allgemein bekannten Entgeltlichkeit der Benützung dieser Einrichtung sie gebrauchen wollen. Benutze jemand Falschgeld, so handle er gegen den erkannten Willen des Berechtigten (87).

Die Widerrechtlichkeit des Zweckes begründet jedoch nicht schlechthin die Widerrechtlichkeit des Eindringens (88), so daß hier kein Hausfriedensbruch vorliegt (89) (90).

14) grober Unfug

Von Meili (91) wurde gefordert, daß man alle inkorrekten Handlungen an Automaten unter § 360 I 11 fallen lassen sollte. Zum groben Unfug gehört jedoch (92)

- 1) ein grob ungebührliches Verhalten,
- 2) das Publikum muß in seiner unbestimmten Allgemeinheit unmittelbar belästigt oder gefährdet sein, und es muß
- 3) eine Gefährdung des äußeren Bestandes der öffentlichen Ordnung vorliegen.

Nicht ein individuell begrenzter Personenkreis, sondern das Publikum schlechthin muß belästigt sein. Das ist grundsätzlich nicht der Fall. Beim "Fernsprechbetrug" wäre außerdem höchstens die Ordnung des Fernsprechverkehrs, nicht aber die allgemeine öffentliche Ordnung gestört (93).

86) DJ 1938/341

87) auch Höfer S. 40

88) RG 12/134

89) Schmitz Joh. S. 49

90) Man wird es ebensowenig als Hausfriedensbruch anzusehen haben, wenn eine Telefonzelle zum Schutz vor Regen betreten wird.

91) DJZ 1898/392; Meili prüft außerdem noch, ob bei der mißbräuchlichen Benutzung von Musikautomaten auch ein Verstoß gegen das Gesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte begründet ist, kommt aber zu einer Verneinung; ebenso Schmitz Joh. S. 49.

92) so RG 32/100; Höfer S. 40

93) Schmitz Th. S. 30; Schmitz Joh. S. 45

15) Sachbeschädigung

Eine Sachbeschädigung liegt vor, wenn auf die Substanz einer Sache in der Weise eingewirkt wird, daß sich die stoffliche Zusammensetzung der Sache verändert oder sonst in ihrer Unversehrtheit derart aufgehoben wird (94), daß die Brauchbarkeit für die ihr gegebene Zweckbestimmung nicht unerheblich beeinträchtigt ist. Eine Verletzung der Substanz wird nicht vorausgesetzt (95). Wird eine falsche Münze in den Automaten gezwängt und bleibt sie stecken, oder wird Kaugummi in den Einwurfschlitz gesteckt, so wird die fernere Beweglichkeit des Mechanismus gehemmt, und es liegt Sachbeschädigung vor (96).

Beim gewöhnlichen Gebrauch einer falschen Münze ist zwar die in dem unrechtmäßigen Benutzungsvorgang liegende Abnutzung physikalisch feststellbar, aber für die juristische Betrachtung belanglos (97).

Beim Toilettenautomaten könnte eine Sachbeschädigung darin liegen, daß eine ungebrauchte Sache in eine gebrauchte Sache verwandelt wird (98). Da es sich um die Beschädigung einer vom Automaten verschiedenen Sache handelt, fällt die Beantwortung dieser Frage nicht mehr in den Zusammenhang der Erörterungen. Die Beeinträchtigung der Brauchbarkeit wäre aber auch nicht erheblich.

§ 304 und § 317 werden bei Automaten nur selten in Betracht kommen.

16) Automatenmißbrauch nach § 265 a

Nachdem wegen der Subsidiaritätsklausel in § 265 a zuerst geprüft wurde, welche anderen Bestimmungen des Strafgesetzbuches bei einem "Automatenmißbrauch" in Betracht kommen, ist eine Prüfung des § 265 a selbst angebracht. Zunächst nochmals eine kurze Zusammenfassung der Fälle, die schon nach anderen Bestimmungen bestraft werden können, in Hinblick auf § 265 a.

94) Schmitz Joh. S. 43

95) Gerland S. 564; Mezger II S. 178; Schönke-Schröder § 303 Rn 8

96) Schmitz Joh. S. 43

97) Schienle S. 91; Höfer S. 21

98) so Schmitz Joh. S. 43; Heubusch S. 38

Handelt es sich um versachlichte Leistungen, so kann eine Bestrafung nach §§ 242, 243, 248 a, 370 I 5, 246 erfolgen. § 263 kommt in den Ausnahmefällen vor, wo bei nichtversachlichten Leistungen eine Person noch direkt am Leistungsvorgang beteiligt ist; § 146, wo Münzen nachgemacht wurden, § 303 wenn ein Automat beschädigt wurde und § 123 bei automatischen Münzsperrern. Für § 248 c konnte dagegen kein Fall gefunden werden.

a) Leistungerschleichung

aa) Entgeltlichkeit

Was die Entgeltlichkeit bei § 265 a betrifft, so wurden dazu schon bei der Einleitung zum Automatenmißbrauch Ausführungen gemacht. Es kommen derzeit nur Münzautomaten in Betracht. Wann kommt nun eine Bestrafung nach § 265 a im einzelnen in Betracht? Bei § 265 a muß es sich immer um solche Automaten handeln, wo die Leistung in der Absicht erschlichen wird, das Entgelt nicht zu entrichten.

bb) Erschleichen

Dem Wort nach enthält Erschleichen die Bedeutung eines hinterlistig, verheimlichenden Verhaltens (99). Ein solches Verhalten ist aber nur einem Menschen, nicht einer Sache gegenüber möglich. Nicht das Verhalten des Benützers gegenüber dem Automaten muß das verheimlichende Element enthalten, sondern gegenüber dem Automatenaufsteller. Da der Automatenaufsteller aber bei der Benützung des Automaten grundsätzlich nicht zugegen ist, liegt in jedem ordnungswidrigen Gebrauch ein solches Verhalten. Erschleichen ist jede unbefugt unentgeltliche Inanspruchnahme der Leistung (100) oder ein ordnungswidriger Gebrauch (101), mit anderen Worten eine Handlung, die bewirkt, daß der Täter den Vorteil, für den der ehrliche Benützer das vorgeschriebene Entgelt entrichtet, unentgeltlich oder zu einem geringeren Entgelt genießt (102). Das kann der Täter dadurch

99) Schienle S. 77

100) Schönke-Schröder § 265 a Rn 5;

101) Maurach II S. 319

102) Schienle S. 78; Triebler S. 37

erreichen, daß er ordnungswidrige Kunstgriffe anwendet, z.B. falsche oder minderwertige Geldstücke oder Metallplättchen einwirft, einen Draht einführt, ein Geldstück hinabläßt oder erfolgreich schüttelt, den Anschein erweckt, als sei das Entgelt bereits entrichtet (103) oder daß er sich unvermeidliche Konstruktionsmängel oder die Schadhaftheit des Apparates zunutze macht (104). Erschlichen ist die Leistung z.B. auch an einem Münzfernsprecher, wenn der Benützer eine Zahlenkombination entdeckt, die es ihm ermöglicht, zu einem billigeren als dem normalen Tarif zu sprechen.

Wenn jemand gleichwertige ausländische Münzen einwirft, so stellt das nicht das verlangte Entgelt dar, aber es kann an der Absicht fehlen, das Entgelt nicht zu entrichten.

Als Automat im Sinne des § 265 a ist auch ein Fernsehapparat anzusehen, der bis zur Abzahlung nur nach Einwurf einer Münze benutzt werden darf (105). Wird ein solches Fernsehgerät unter Umgehung des Automaten in Betrieb gesetzt, z.B. durch Einstecken eines Drahtes, so ist die Benützung vertragswidrig und daher unbefugt, § 265 a kommt in Betracht (106).

cc) Inhalt der Leistung bei Einzelfällen

Manchmal wird man jedoch nicht umhin können, genauer darauf einzugehen, was nach dem BGB der Inhalt der Leistung ist und inwieweit dann die Inanspruchnahme zu einer anderen als dieser Leistung auch einen strafbaren Mißbrauch darstellt.

Wird Gepäck in ein Schließfach ohne Bezahlung gegeben, so liegt die Leistung in dem Versperren. Soll der Sperrmechanismus gemäß dem Willen des Benützers gar nicht wirken, so erfolgt keine Leistung, ist auch nicht beabsichtigt, und § 265 a entfällt.

Bei einer Parkuhr besteht die Leistung in dem Anzeigen der Zeit. Funktioniert die Parkuhr nicht, und zeigt ohne Geldeinwurf eine Zeit an, so fehlt es beim Abstellen des Fahrzeuges an einer

103) Leipz. Kom. § 265 a Anm. 1

104) Maurach II S. 319

105) Schwarz-Dreher § 265 a Anm. 1 A

106) OLG Stuttgart MDR 63/236

Erschleichungshandlung und § 265 a entfällt.

§ 265 a kommt auch dann nicht zur Anwendung, wenn ein Automat, der Sachen enthält, mittels einer falschen Münze oder sonstwie zur Ausgabe der Sachen gebracht wird, aber keine Absicht der Wegnahme besteht - und somit § 242 entfällt - weil für diese Art der Leistung kein Entgelt gezahlt werden soll.

Die Aufschrift auf den Automaten, die wegen ihrer Verständlichkeit kurz gefaßt werden muß, gibt nicht immer eindeutig Auskunft darüber, ob der Automat auch zu etwas anderem oder von mehreren benutzt werden darf. So wird man es mit dem Inhalt des Vertrags noch als vereinbar ansehen können, wenn auf einer Personenwaage Waren gewogen werden, oder in einem Photoautomaten für Porträtaufnahmen Aktpotos gemacht werden, oder daß man sich in einem Klosett mit Automatentüre nur umzieht, weil hier nur der gewöhnliche Zweck angegeben werden soll und insofern nur eine unbeachtliche Zweckentfremdung vorliegt. Weiter wird man sagen dürfen, daß ein Fernrohrautomat oder ein Reiseauskunftsautomat seinem Zweck nach von mehreren Personen benutzt werden kann, bei nur einmaligem Geldeinwurf, daß jedoch bei einer Automatenwaage oder beim Klosett nach dem Inhalt des Vertrages nur ein Benutzer in Betracht kommt und sich jeder weitere die Leistung oder den Zutritt erschleicht, ohne Entgelt zu entrichten.

Beim Fernsprechapparat ist nach dem Inhalt des Vertrages die Rückzahlung des eingeworfenen Betrages nur für die Fälle gewollt, daß die gewünschte Leistung (= Herstellung der Verbindung) nicht erfolgen kann (107). Da die Leistung des Automaten nicht nur in der Sprechverbindung besteht, vielmehr auch bereits in dem der eigentlichen Leistung vorhergehenden Rufzeichen und diese auch vom Entgelt umfaßt werden (108), ist das Ertönenlassen des Rufzeichens in dem Fall, wo ohne triftigen Grund wieder aufgehängt wird und die Absicht besteht, das Entgelt nicht zu entrichten, als Leistungerschleichung im Sinne des § 265 a anzusehen (109).

107) AG Leipzig DJ 1938/341

108) MDR LG Hamburg 54/630

109) Schwarz-Dreher § 265 a 1 A; Kohlrausch-Lange § 265 a; Anm II anderer Ansicht Schönke-Schröder § 265 a Rn 5

Auch die Anmeldung von Ferngesprächen ist nur für den Fall gebührenfrei, daß ein tatsächlich zur Bezahlung gelangtes Ferngespräch geführt wird oder ernstlich gewollt ist, aber nicht geführt werden kann. Das AG Leipzig (110) folgert daraus, daß die fälschliche Anmeldung von Ferngesprächen, die dann nicht geführt werden, auch nach § 265 a zu bestrafen sei. Richtigerweise wird man hier jedoch eine Täuschung der Vermittlerperson und deswegen Betrug annehmen müssen.

b) Zutrittserschleichung

Das Erschleichen des Zutritts zu einer Veranstaltung oder Einrichtung kommt dann in Betracht, wenn sich eine Zutrittssperre nach Einwurf eines Geldstückes öffnet, wie das bei Flughafensperren oder Klosettüren der Fall ist.

c) Versuch, Vollendung

Der Versuch und damit auch deruntaugliche Versuch ist nach § 265 a II strafbar. Die Vollendung liegt nicht im Erbringen der Leistung (111), z.B. Herstellen des Anschlusses, sondern bereits im Beginn der Möglichkeit des Leistungsgenusses, denn ein tatsächlicher Genuß ist nicht erforderlich (112).

d) Subsidiaritätsklausel

aa) Analogie

Wie weit reicht aber die Subsidiaritätsklausel bei § 265 a ? Einer Untersuchung, inwieweit vor der entsprechenden Anwendung anderer Strafgesetze die unmittelbare Anwendung von § 265 a, trotz der niedrigeren Strafandrohung steht, bedarf es nicht,

110) DJ 1938/341

111) so Maurach II S. 319

112) Schienle S. 79

weil im besonderen Teil ein Analogieverbot zuungunsten des Täters gilt (113).

bb) Privilegierungen

Die Worte "soweit nicht mit schwererer Strafe bedroht" könnten bedeuten, daß alle Fälle, die früher überhaupt nicht oder nicht schwerer als es heute § 265 a androht, bestraft werden konnten, heute nach § 265 a bestraft werden.

Wenn der Gesetzgeber durch die Subsidiaritätsklausel zu erkennen gibt, daß die Fälle, die bisher als Diebstahl oder Betrug bestraft wurden, weiterhin danach bestraft werden sollen, so erklärt er konsequenterweise auch damit, daß sich an der bisherigen Bestrafung nichts ändern sollte, soweit die Anwendung von Privilegierungen oder Sondervorschriften in Betracht kommt. Demnach entspricht es dem Willen des Gesetzgebers, daß §§ 247, 248 a 370 I 5, 264 a usw.

113) Schwarz-Dreher § 2 Anm. 1 D 6. Auch ohne das Analogieverbot müßte man aber sagen, daß der Gesetzgeber durch die Mehrheit der Tatbestände, insbesondere durch die Graduierung der Strafandrohung, zu erkennen gegeben hat, daß eine abschließende Regelung in § 265 a getroffen werden sollte und daß deswegen das Gesetz § 265 a unmittelbar anzuwenden ist (Schienle S. 55). Becker sagt (JW 1935/2938): "§ 265 a ist vor der entsprechenden Anwendung eines Strafgesetzes zu prüfen, da die Fälle der Erschleichung von Leistungen im allgemeinen milder liegen als beim Betrug und der Gesetzgeber deswegen einen neuen typischen Tatbestand geschaffen hat, den er nicht dauernd der Beurteilung nach der Analogievorschrift überlassen wollte". (ebenso Leopold Schäfer DJ 1935/997; Karl Schäfer JW 1935/2482). Nachdem durch Gesetz vom 4.8.1953 der Absatz III dem § 265 a angehängt wurde, bedarf es weiterhin keiner Untersuchung mehr, inwieweit eine Analogie zugunsten des Täters nach § 263 V, § 264 a III und IV in Betracht kommt. Von Schienle (S. 69), Triebler (S. 41) wurde das bejaht, von Weimar (DJZ 1936/1224) verneint.

dem § 265 a vorgehen (114).

cc) bei Einzeltatbeständen

Da kaum Fälle denkbar sind, wo bei Einwurf falscher Münzen § 248 c in Betracht kommt, scheidet diesbezüglich die Prüfung des § 265 a praktisch aus (115).

Schlenle (116) bejaht einen Ausschluß von § 265 a bei §§ 304, 317, 318 a, weil eine härtere Strafe angedroht wird, Schönke-Schröder (117) bei §§ 146, 267, 303 ff.

Dagegen ist anzuführen, daß Subsidiarität nur bei den Delikten mit der gleichen Angriffsrichtung wie § 265 a anzunehmen ist und es sich bei beiden Tatbeständen des § 265 a um echte Vermögensverbrechen handelt (118).

e) Konkurrenzen

Mit Sachbeschädigung ist aber Tateinheit möglich (119), ebenso mit § 123 (120), § 360 I 11 (121) und § 146.

Bei Versicherungsautomaten liegt Diebstahl vor, wenn der Täter das Papier, ohne davon Gebrauch zu machen, behält; Betrug, wenn er es nach dem Gebrauch zurückgeben will; Betrug mit real-konkurrierendem Diebstahl bei Verwertung des Rechtes ohne Rückgabe des Papiers (122).

114) Schlenle S. 72; Schäfer Karl JW 1935/2481, Leipz. Kom. § 265a Anm. 6; Maurach II S. 318; Schönke-Schröder § 265 a Rn 10.

Mag auch diese Konstruktion wenig befriedigend sein, weil bei den sonstigen Leistungsautomaten immer ein Vergehen vorliegt (Maurach II S. 318).

115) Schwarz-Dreher § 265 a Anm. B 3; vgl. Bayr. OLG JR 1961/270
116) S. 93 aaO.

117) § 265 a Rn 12

118) Leipz. Kom. § 265 a Anm. 6; Maurach II S. 318, I S. 609

119) Schlenle S. 91; Leipz. Kom. § 265 a Anm. 6

120) Schönke-Schröder § 265 a Rn 12; Leipz. Kom. § 265 a Anm. 6

121) vgl. Schlenle S. 60

122) Schmitz Joh. S. 45 mit Verweisung

Wird aus dem Automaten gestohlenen Geld eingeworfen, so liegt nur ein Diebstahl vor (123), weil ein Entgelt entrichtet wird.

Da von den geprüften Tatbeständen § 303 ff und § 146 den § 265 a nicht verdrängen, wird demnach § 265 a nur von §§ 242 ff und § 263 in Einzelfällen ausgeschlossen.

f) Einteilung der Automaten

aa) bisher gemachte Einteilungen

Vielfach wurde schon versucht, eine Einteilung der Automaten für das Strafrecht zu schaffen. Einige Beispiele sollen hier aufgezählt werden. Böhmert (124) teilt die Automaten ein nach dem Verkaufsgegenstand in Verkaufs-, Werkleistungs-, Legitimationspapier-, Schenkungs- und Geldspielautomaten. Heubusch (125) gliedert noch weiter auf in Verkaufs-, Schenkungs-, Miet-, Darlehens-, Arbeits-, Spiel- und Legitimationspapierautomaten, ebenso fast Förtsch (126) in Verkaufs-, Miet-, Darlehens-, Arbeits-, Spiel-, Legitimationspapier- und sonstige Automaten. Caesar (127) trifft eine Einteilung in Verkaufs-, Inhaberpapier-, Elektrizitäts- und Dienstaautomaten und Seckel (128) in Verkaufs-, Werkleistungs- und Legitimationspapierautomaten. Ertel (129) spaltet die Automaten nur in Waren- und Dienstaautomaten auf, wobei nach Meinung von Heubusch (130) der Bahnsteigkartenautomat fehlt, da Inhaberzeichenautomaten keine Ware abgäben, sondern die von ihnen gelieferten Zeichen ein Recht derart verbriefen, daß zur Ausübung des Rechts der Besitz des Zeichens nötig sei. Triebler (131) findet diese Einteilung aber deswegen empfehlenswert, weil es strafrechtlich gleichgültig sei, ob Inhaberzeichen Ware seien. Ebenso sagt Schienle (132), daß die Einordnung unter die Warenauto-

123) vgl. Bayr. ObLG JW 1930/2970

124) S. 4 aaO.

125) S. 4 aaO.

126) S. 6 aaO.

127) S. 10 aaO.

128) S. 8 aaO.

129) S. 10 aaO.

130) S. 1 aaO.

131) S. 9 aaO.

132) S. 6 aaO.

maten dem praktischen Bedürfnis entspreche, da man vom Kauf einer Fahrkarte spreche und Verkaufsautomaten schlechthin als Warenautomaten bezeichnet würden. Auch Schmitz, Joh. (133) rechnet zu den Verkaufsautomaten die Automaten, wo man Fahrkarten, Bahnsteigkarten, Versicherungsscheine und Eintrittskarten kaufen kann.

Diese Einteilungen wurden in dem Bestreben gemacht, daß sie für das BGB und das Strafrecht gleichzeitig Gültigkeit haben sollten. Da das Strafrecht jedoch die einzelnen Vertragsarten des BGB nicht kennt und zwischen ihnen keinen Unterschied macht, sind diese Einteilungen für das Strafrecht unbrauchbar, zumal § 265 a, der eigentlich im Strafrecht eine Einteilung der Automaten erforderlich macht, auf eine Zweiteilung angelegt ist, wie vorher dargelegt wurde. Der Zweiteilung wird Günther (134) gerecht, wenn er einteilt in Waren- oder Verkaufs- und Leistungs- oder Arbeitsautomaten. Dem schließt sich im wesentlichen Höfer (135) an, der die Verkaufsautomaten als solche ansieht, die eine bewegliche Sache verabfolgen und die Werkleistungsautomaten, die die Herbeiführung eines Erfolges gestalten oder ermöglichen, oder ihn durch Arbeit oder Dienstleistung bewirken. Etwas differenzierter ist dagegen noch die Einteilung von Schmidt (136), der einteilt in Warenautomaten, sonstige Verkaufsautomaten, Unterhaltungs- und Spielautomaten und sonstige Leistungsautomaten.

Die wohl häufigste Einteilung, die sich auch in Kommentaren und Lehrbüchern eingebürgert hat, ist die in Waren- oder Verkaufs- und Leistungsautomaten (137). Fraglich ist jedoch, ob diese Einteilung eine exakte Trennung zieht, ob sie sich für alle Fälle als brauchbar erweist und demnach beizubehalten ist, oder ob sich eine exaktere Einteilung finden läßt.

133) S. 7 aaO.

134) S. 6 aaO.

135) S. 10 aaO.

136) S. 20 aaO.

137) so Schönke-Schröder § 265 a Rn 3

bb) Versuch einer Verbesserung

Es empfiehlt sich, zunächst zu untersuchen, ob das Wort **Verkaufsautomat** beizubehalten ist, als Sammelbegriff für die Automaten, die nicht unter § 265 a fallen. Da das Wort "Verkauf" dem BGB entnommen ist und keine strafrechtliche Bedeutung hat, ist es nicht brauchbar. Gegen das Wort "Ware" spricht, daß das Geld aus Münzwechslern und Spielautomaten, Bahnsteigkarten und Versicherungsscheine nicht darunter fallen würden. Bei dem Begriff "Sache" ist das aber der Fall. So ist es angebracht, das Wort "Ware" durch "Sache" zu ersetzen. Man hätte dann den Begriff der **Sachautomaten**. Besser ist es jedoch noch, das Wort **Sachleistungsautomat** zu wählen mit folgender Begründung: Im Begriff des Automaten ist enthalten, daß er selbsttätig Verrichtungen vornimmt, nachdem ein Anstoß dazu von außen gegeben wurde. Setzt man aber das Vornehmen von Verrichtungen = Leistung, dann ist jeder Automat ein Leistungsautomat; so wäre z. B. gerade das Verkaufen ein Leistungsvorgang. Danach ist der Begriff Leistungsautomat ein Oberbegriff und wird auch vom Gesetz in diesem Sinne gebraucht. Wählt man aber das Wort Sachleistungsautomat, so nimmt man den wesentlichen Inhalt des Hauptbegriffes, die Tätigkeit, in den Unterbegriff auf. Als eine Unterart der Sachleistungsautomaten mag man auch die Warenautomaten gelten lassen.

Zu den Sachleistungsautomaten ist nun schon ein gegensätzlicher Begriff zu suchen. Die herrschende Meinung hat dem Begriff des Warenautomaten, der hier als inhaltlich gleich mit Sachleistungsautomaten wiedergegeben wurde, den Begriff des Leistungsautomaten gegenübergestellt. Durch Verwendung des Oberbegriffes wird jedoch keine Gegenüberstellung erreicht. Würde man dagegen einwenden, Leistung sollte hier in einem engeren Sinne verstanden werden, so läßt sich dagegen anführen, daß bei vielen Automaten, die jetzt unter den Begriff des Leistungsautomaten fallen, das Ermöglichen der Handlung des Benützers am Automaten im Vordergrund steht und daß die Leistung dann das Zurverfügungstellen zur Handlung zum Inhalt hätte, was man aber unter mindestens den gleichweiten Leistungsbegriff wie den Verkaufsvorgang einreihen müßte. Bei der verschiedenen Ausgestaltung der Automaten läßt sich kein Gegensatzbegriff zu dem Begriff "Sache" finden; so bleibt nur übrig, von den sonstigen Leistungsautomaten zu sprechen, die unter § 265 a fallen. Nicht berücksichtigt wurden

dabei die Fälle, wo § 263 vorliegt und wo ein Automat neben einer Sachleistung noch eine sonstige Leistung erbringt, wie das bei Spielautomaten mit Gewinnausgabe der Fall ist. Hier kann § 265 a und § 242 vorliegen. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich hier weiter dann, wenn die Sache und eine außerdem erfolgende andere Leistung wirtschaftlich gesehen gleich viel wert sind. Bei heißen Würsten aus Automaten dürfte das Erhitzen noch im Hintergrund stehen, während bei Prägeautomaten wohl das Stückchen Blech weniger wert ist als das Prägen. Die Einteilung richtet sich in diesem Falle immer nach dem konkreten Einzelfall und dem in Zahlen ausdrückbaren und gegeneinanderzustellenden Wert der Sache und der Leistung.

Damit zeigt sich, daß nur eine Verbesserung der Einteilung möglich war und keine Begriffe für Automatenarten gefunden werden konnten, die eine allgemein gültige Grenze ziehen, wo der Mißbrauch unter § 265 a fällt und denen, wo er nach anderen Bestimmungen bestraft wird.

g) Stellungnahme zu § 265 a

Schon wegen der Schwierigkeiten, die eine Abgrenzung, die für alle Fälle brauchbar ist, unmöglich erscheinen lassen, und wegen der teilweise unterschiedlichen Bestrafung für gleichgelagerte Fälle (siehe § 370 I 5 !) erscheint es dem Verfasser die beste Lösung, eine Bestimmung zu schaffen, wo alle Fälle des ordnungswidrigen Gebrauchs von Automaten zusammengefaßt sind und einheitlich bestraft werden. Geht man davon aus, daß der Automat nach seiner Definition schon ein Leistungsautomat ist, so wäre schon eine große Vereinfachung dadurch erreicht, daß man die Subsidiaritätsklausel in § 265 a wegfällen ließe. Dann wären lediglich noch solche Automaten ausgeschlossen, die nicht gegen Entgelt leisten, wie z. B. gegen Eingabe von Lochkarten oder Feuermelder. Dafür könnte man aber einen eigenen Absatz schaffen.

BB Schutzmittelautomaten

Der Verkauf einer besonderen Art von Waren aus Automaten verdient, im Rahmen der Erörterungen noch besonders hervorgehoben zu werden, weil gerade in jüngster Zeit dazu eine Menge recht widersprüchlicher Stimmen laut geworden sind. Gemeint sind die "Schutzmittelautomaten". Der Umsatz soll dabei zehnmal so hoch sein als im Ladengeschäft (1).

1) Abgrenzung zwischen § 184 I 3 und § 184 I 3 a

Bei Schutzmittelautomaten kann als Strafbestimmung § 184 I 3 oder § 184 I 3 a in Betracht kommen. In § 184 I Nr. 3 sind die Gegenstände aufgeführt, die zu unzüchtigem Gebrauche bestimmt sind, in Nr. 3 a Gegenstände oder Verfahren, die zur Verhütung von Geschlechtskrankheiten oder zur Verhütung von Empfängnis dienen. Dabei ist unter Bestimmung nicht die subjektive durch Hersteller, Täter oder Käufer gemeint (2), sondern die dem Gegenstand nach seiner Gattung objektiv zukommende Zweckbestimmung (3), so daß Nr. 3 dann zur Anwendung kommt, wenn sich der Gegenstand nach seiner Beschaffenheit zu unzüchtigem Gebrauch allgemein eignet und erfahrungsgemäß dazu verwendet wird (4). Jedoch scheiden bei § 184 I 3 die Gegenstände aus, die zugleich unter Nr. 3 a fallen (5), wie normale Präservative (6), weil es der Tendenz des Gesetzes entspricht, sie nur unter § 184 I 3 a fallen zu lassen (7). Ob Mittel der Verhütung dienen, dafür sind die §§ 20, 21, 31 des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten

1) Callsen Münzautomat 1957/127

2) Schwarz-Dreher § 184 Anm 3 A a

3) RG 46/6

4) Schönke-Schröder § 184 Rn 17 und 27

5) so OLG Karlsruhe GA 1962/65; RG 57/175; Bayr. OLG 1953/94; OLG Karlsruhe GA 1965/62

6) Schwarz-Dreher § 184 Anm 3 A a

7) so Leipz. Kom. § 184 Anm. 8;

Schönke-Schröder § 184 Rn 17

vom 23. 7. 1953 maßgebend. Dienen die Gegenstände beiden Zwecken, so muß jedoch eine Grenze dann gezogen werden, wenn der unzüchtige Gebrauch überwiegt, denn Präservative fallen nur dann unter § 184 I 3 a, wenn ihnen die Verhütung von Geschlechtskrankheiten das bestimmende Gepräge gibt. Reizpräservative werden von dieser, eng auszulegenden Vorschrift nicht erfaßt. Bei Reizpräservativen tritt der Zweck der Verhütung hinter dem der unnatürlichen Reizsteigerung zurück (8).

2) Ankündigen, Anpreisen, Ausstellen

Die Gegenstände müssen öffentlich angekündigt, angepriesen, oder an einem dem Publikum zugänglichen Orte ausgestellt werden. Zum Ausstellen gehört, daß der Gegenstand dem Auge des Beschauers unmittelbar dargeboten wird (9), so daß er wahrnehmbar ist (10). Unter Publikum ist ein nach außen nicht abgeschlossener Personenkreis zu verstehen (11), eine Mehrzahl unbestimmt welcher und wievieler Personen. Die Gleichheit des Berufs schafft dabei keinen engeren, durch wechselseitige Beziehungen in sich verbundenen und abgeschlossenen Kreis von Personen (12). Der Automat kann demnach an einer Stelle stehen, wo nur Menschen des gleichen Berufs verkehren, In den Fällen, wo bei Schutzmittelautomaten unbeschriftete Packungen verwendet werden, oder die Schächte verdeckt sind, fehlt es an einer Sichtbarmachung, und damit liegt kein Ausstellen vor (13).

Anpreisen dagegen ist ein Ankündigen unter lobender oder empfehlender Erwähnung, Beschreibung und Hervorhebung von Vorzügen (14), ein Anreizen durch Lob und Empfehlung (15). Diese

8) so OLG Karlsruhe GA 1965/62

9) BGH NJW 62/162

10) RG 14/397

11) Schwarz-Dreher § 184 Anm. 3 A b

12) RG 48/61

13) Potrykus MDR 61/559

14) so RG 37/143

15) Schwarz-Dreher § 184 Anm. 2 B b cc

Form der Ankündigung wurde bei Schutzmittelautomaten in aller Regel nicht gewählt. Von besonderer Bedeutung ist jedoch das Ankündigen.

Ankündigen ist das Hinweisen auf die Gelegenheit zum Bezug (16), wobei es genügt, wenn mindestens der Kundige (17) oder gewisse Käuferkreise (18) oder interessierte Personen infolge ihrer Lebenserfahrung (19) verstehen, worum es sich bei der Ankündigung handelt.

3) öffentlich

Öffentlich ist die Ankündigung dann, wenn sie, unbestimmt von welchen und wie vielen Personen, wahrgenommen werden kann (20), auch wenn sie sich an Verheiratete (21) oder an bestimmte Berufskreise richten würde. Die Öffentlichkeit fehlt aber, falls die Personen durch persönliche Beziehungen verbunden sind (22). Demnach liegt ein öffentliches Ankündigen auch vor, wenn ein Gegenstand in einer Umhüllung ausgelegt wird, die die übliche Packung von Gummischutzmitteln darstellt (23), aber die Aufschrift nicht zu lesen ist (24) oder es sich um ein Angebot in verdeckten Schächten handelt (25).

4) Sitte und Anstand

Weil den Schutzmitteln unabänderlich anhaftet, daß sie ebenso zur Unzucht mißbraucht werden, wie berechtigten oder doch geduldeten Anliegen dienen können, bestimmt das Gesetz zugleich

16) so RG 34/81

17) vgl. RG 57/360

18) so OLG Braunschweig NJW 60/1828

19) so BGH 16/343

20) so RG 3/361; Bayr. ObLG 1956/188; Schwarz-Dreher § 110

Anm. 2 A

21) RG 46/6

22) RG 40/262

23) so BGH 16/343

24) so BGH NJW 62/162

25) BGH 17/309; anderer Ansicht Potrykus MDR 61/559

für die Art und Weise der Werbung, daß sie sich dem natürlichen Schamgefühl unterordnen muß und nicht gegen Sitte und Anstand verstoßen darf (26).

Was Sitte und Anstand gebieten, bestimmt die von Herkommen und Erziehung geformte und selbständig fortgebildete Anschauung aller selbständig, billig und gerecht denkender Menschen innerhalb eines Rechts- oder Kulturkreises (27). Diese Gebote und Verbote, die vom Gesetzgeber zur Abgrenzung von Tatbeständen verwendet werden, verlieren nicht dadurch ihre Verbindlichkeit, daß sie eine Zeitlang von vielen mißachtet werden (28). So ist die Feststellung, daß die Öffentlichkeit keinen Anstoß genommen hat, ohne Bedeutung, weil ja nicht maßgebend ist, was die Öffentlichkeit denkt, sondern denken soll (29). Ist es nicht erforderlich, daß im Einzelfall jemand Anstoß genommen hat (30), so ist es umgekehrt auch ohne Bedeutung, ob sich eine Person in ihrer Überempfindlichkeit im Einzelfalle verletzt fühlt. Der Richter ist demnach der Überprüfung, ob beim Aufstellen von Schutzmittelautomaten Sitte oder Anstand verletzt werden, auch in den Fällen nicht enthoben, wo eine Anschauung im Volk überwiegt (31). Falsch wäre es auch, aus der Tatsache des nichtbehördlichen Einschreitens Schlüsse auf die Anerkennung einer Übung zu ziehen (32) oder als Argument anzuführen, daß frühere gesetzliche Handhaben nicht ausgenutzt wurden, die der Regierung die Befugnis gaben, Vorschriften zu erlassen (33).

26) so BGH 13/16

27) so BGH 13/16

28) BGH 15/361

29) Schönke-Schröder § 184 Rn 21

30) so Leipz. Kom. § 184 I 3 a Anm. 14

31) anderer Ansicht BVerwG, NJW 60/1407 und Bayr. OLG (1955/S. 60), das von einer "Üblichkeit" spricht, in der die Meinung des Volkes zum Ausdruck kommt. Objektiv ist dies aber schon falsch, weil Eltern, Geistliche und Erzieher in dieser Frage einen anderen Standpunkt einnehmen.

32) OLG Stuttgart FamRZ 58/235

33) so BGH 16/343

Zahlreiche Gerichte sind bei der Beantwortung zu gegensätzlichen Auffassungen gekommen, und der BGH vertritt eine andere Auffassung als die meisten Oberlandesgerichte. Jedoch ist auch die Frage, was Sitte und Anstand verletzt, eine Rechtsfrage (34), und wenn der BGH einen Sittenverstoß bejaht, spricht er damit nicht implicite den Vertretern der abweichenden Meinung das Gefühl für Sitte und Anstand ab, wie Potrykus (35) meint. Auch die Häufigkeit einer Meinung allein ist keine geeignete Grundlage für die Bestimmung, wann ein Sittenverstoß vorliegt (36). Es gibt Käufer, die dem Angebot die Worte entnehmen, kaufe ungestört, anonym, ohne Verantwortung, ohne Rat und Ermahnungen ausgesetzt zu sein, was auf einen Sittenverstoß hindeuten würde, aber auch andere, die das Angebot als willkommenen Dienst an einem Entschluß auffassen (37).

5) Der Verkauf aus Automaten allein verstößt gegen Sitte und Anstand

So ist die Frage besonders umstritten, ob schon der Verkauf von Schutzmitteln aus Automaten gegen Sitte und Anstand verstößt, ohne daß noch besondere Umstände hinzutreten müssen.

a) Hinweis aus § 41 a GewO?

Hinweise oder die Lösung für die Beantwortung dieser Frage könnten sich aus § 41 a GewO ergeben, der im Jahre 1960 neu gefaßt wurde. Danach dürfen Mittel und Gegenstände, die zur Verhütung der Empfängnis oder von Geschlechtskrankheiten dienen, in Warenautomaten an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen nicht feilgehalten werden.

Bei § 41 a GewO muß es sich um Warenautomaten an öffentlichen Wegen handeln. An der Straße heißt dabei, "von der Straße aus erkennbar und zugänglich", ist also nicht gleichbedeutend mit dem Worte auf. Der Automat muß sich an die Benutzer dieser Straße als möglichen Kundenkreis wenden (38). Von § 41 a GewO sind solche Warenautomaten betroffen, die in einem so engen räum-

34) BGH NJW 62/544

35) MDR 60/726

36) so OLG Celle der Münzautomat 1956/43

37) Dünnebier JR 1961/387

38) Fuhr § 41 a Anm. 10

lichen Zusammenhang mit der öffentlichen Verkehrsfläche stehen, daß sie von den Straßenpassanten ohne weiteres bedient werden können und nach allgemeiner Auffassung für diesen Personenkreis bestimmt sind. Es fallen auch Automaten darunter auf Grundstücksflächen, die wie öffentliche Wege benutzt werden, in Ladeneingangs-nischen, auch wenn Treppenstufen vorhanden sind, jedoch keine Innenautomaten. Feilbieten ist das äußerlich erkennbare Bereitstellen von Waren zum sofortigen Verkauf. Es genügt, wenn der Wille zu veräußern irgendwie kundgetan und verstanden wird (39). Das Wort Feilbieten ist demnach mit dem Wort Feilhalten identisch (40). So werden auch verdeckte Waren feilgeboten, weil der Verkäufer nicht verzichten will, die Ware zum Verkauf anzubieten (41).

Was nun das Verhältnis von § 41 a GewO zu § 184 I 3 a StGB betrifft, so wurden dazu folgende Meinungen geäußert: "Die Frage, ob das Anbieten von Präservativen in Warenautomaten an öffentlichen Straßen unter § 184 I 3 a fällt, wurde durch § 41 a GewO im Sinne einer Strafbarkeit lediglich nach dieser Vorschrift gelöst, soweit es sich um Automaten an öffentlichen Plätzen, Straßen und Wegen handelt". (42) Potrykus (43) führt aus: "Daß das Angebot aus Warenautomaten schlechthin sittenwidrig sei (44), hat im Hinblick auf § 41 a GewO seine Grundlage und Berechtigung verloren". Es liegt also kein Sittenverstoß bei einem diskreten Angebot vor. "§ 41 a zeigt, daß der Gesetzgeber nur in diesen Fällen - sonst nicht - das Aufstellen und Ankündigen als schlechthin unerlaubt angesehen hat." Derselben Ansicht ist Schönke-Schröder (45): "Der Gesetzgeber hat den Standpunkt, daß das Angebot aus Schutzmittelautomaten allein nicht Sitte und Anstand verletzt, anerkannt dadurch, daß er das Feilbieten in 39) Bayr. OBLH NJW 62/166

40) Fuhr § 41 a Anm. 10; Bayr. OBLG NJW 62/166

41) BVerwG JZ 65/494; anderer Ansicht Potrykus MDR 61/366, der bei Feilbieten eine positive Handlung fordert, diskretes Bereithalten aber nicht darunter fallen läßt.

42) Schwarz-Dreher § 184 Anm. 3 B c

43) MDR 60/726

44) so BGH 13/16

45) § 184 Rn 23

§ 41 a GewO verboten hat. Daraus ergibt sich zwingend, daß § 184 nur insoweit Anwendung finden soll, als über das Anbieten hinaus Sitte und Anstand in den Formen des § 184 verletzt werden. "

Wenn man der Entstehungsgeschichte des § 41 a GewO nachgeht, so kann man feststellen, daß nach dem Willen der Gesetzesinitiatoren, der Bundesregierung und dem Bundesrat zum Zwecke des Jugendschutzes alle Automaten, die Schutzmittel enthalten, schlechthin verboten werden sollten. Erst durch eine Abstimmung über den, in der zweiten Lesung, eingebrachten Änderungsvorschlag hat der Bundestag das Verbot auf Außenautomaten beschränkt. Da keine sachliche Aussprache über den Antrag stattfand, folgern die einen, daß kaum festgestellt werden kann, welche Erwägungen der Annahme dieses Antrages, insbesondere hinsichtlich des Verhältnisses der neuen Vorschrift zu § 184 I 3 a, zugrunde lagen (46) und daß der Gesetzgeber keine Stellungnahme abgeben wollte, ob das Feilhalten von Schutzmitteln in Automaten Sitte und Anstand verletzen (47). Auch Potrykus (48) bestreitet nicht, daß die Gesetzesinitiatoren den Jugendschutz im Auge gehabt haben, führt aber dazu aus, daß dies nur rechtshistorische Bedeutung habe; weil die Vorschrift einen anderen Text erhalten habe, könne man erkennen, daß die Bundestagsmehrheit bei den Beschlüssen neben den Gedanken des Jugendschutzes auch andere Gesichtspunkte, wie z.B. die Geburtenkontrolle und den Gesundheitsschutz, berücksichtigt habe.

Dagegen läßt sich anführen, daß diese anderen Gesichtspunkte nur eine Einschränkung bei der Verwirklichung des Zwecks des Jugendschutzes gebracht haben, der Zweck selber aber keine Änderung erfahren hat, da es ja zu einem Verbot gekommen ist. Gerade das Verbot beinhaltet aber eine klare Stellungnahme des Gesetzgebers, denn ein Verhalten, das die Jugend gefährdet, verletzt in der Regel Sitte und Anstand. Wird aber ein Verhalten als jugendgefährdend angesehen und ergeht auf Grund dessen ein Verbot, so enthält dieses Verbot auch eine Wertung, im vorliegenden Falle eben die, daß nur das Angebot aus Außenautomaten Sitte und Anstand verletzt.

46) BGH MDR 61/615

47) BGH NJW 62/544; BGH 15/361; Hübner FamRZ 1960/335

48) MDR 61/559

Daran ändert nichts, daß die Verfasser des Entwurfs des Strafgesetzbuchs in der Begründung zu § 221, der an die Stelle von § 184 I 3 a treten soll, zum Ausdruck gebracht haben, der Entwurf enthalte sich einer Frage, wann Sitte und Anstand verletzt ist. Für eine gesetzliche Klärung besteht ja nach Erlaß des § 41 a GewO kein Bedürfnis mehr (49).

Da sich insbesondere die Verwaltungsgerichte nicht der Meinung anschließen, daß bei Schutzmittelverkauf aus Außenautomaten ein Sittenverstoß vorliegt und somit keine gesetzliche Grundlage für ein polizeiliches Einschreiten bestand, war es für den Gesetzgeber erforderlich, eine klare Grundlage für ein gewerbepolizeiliches Einschreiten zu schaffen und damit eine Unsicherheit, die in der Rechtsprechung lange bestand, im Wege des Gesetzeserlasses zu beseitigen. So ist auch § 41 a GewO nicht als Einschränkung des § 184 I 3 a zu denken (50), sondern als Ergänzung auf gewerbepolizeilichem Gebiete (51). Deshalb erübrigt sich auch die Frage, ob der Verkauf von Schutzmitteln aus Automaten schon allein Sitte und Anstand verletzt, nicht im Hinblick auf § 41 a GewO, gleichgültig, ob man ihn nach § 146 a I GewO als strafbewehrt ansieht oder nicht (52). (Zu letzterem Problem wird in anderem Zusammenhang noch Stellung genommen.)

b) heutiger Standpunkt

Die Vorstellung von Sitte und Anstand unterliegt dem Wandel der Zeit, und es ist zuzugeben, daß sie sich zur heutigen Zeit in freieren Bahnen bewegt, als vor einigen Jahren. Demnach ist auch eine Lösung des Problems, ob durch das Aufstellen von Schutzmittelautomaten in der Öffentlichkeit Sitte und Anstand verletzt werden, nur auf einen Zeitraum zugeschnitten.

Man wird zunächst generell sagen können, daß an das Schamgefühl der Bewohner einer Kleinstadt kein besonderer Maßstab mehr zu legen ist (53), weil die fortschreitende Technik durch die Informationsmittel und das Überwinden der Entfernungen nivellierend gewirkt hat.

49) BGH 16/343

50) Hübner FamRZ 1960/335

51) so BGH 17/309

52) BGH NJW 62/544

53) Hess VerwGH MA 1956/288

aa) Beachtung des Gesundheitsschutzes

Wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß die Empfängnisverhütung ein legitimes Anliegen gegen die Abtreibung sei (54) und bei der Lösung dieser Frage der Gesundheitsschutz den Vorrang verdiene, also Automaten ohne weiteres aufgestellt werden könnten, so läßt sich dagegen anführen, daß gerade durch die Einfügung des § 184 I 3 a der Widerstreit zwischen allgemeiner Sittlichkeit und der Förderung des Gesundheitsschutzes ausgewogen und dem Anliegen der Gesundheitspflege damit bereits Rechnung getragen wurde (55). Sitte und Anstand sollen ja die Grenzen des für den Schutz der Gesundheit Zulässigen bestimmen, man darf aber nicht umgekehrt die Interessen der Gesundheitsfürsorge zur Beantwortung der Frage heranziehen, was Sitte und Anstand gebieten (56).

bb) Beachtung des Verkaufs

aaa) Es ist nicht bestritten, daß sich der Gesetzgeber für eine Verkaufsmöglichkeit von Schutzmitteln ausgesprochen hat und ein generelles Verbot dem Gesetz zuwiderlaufen würde. Inwieweit stellt aber der § 184 I 3 a dabei eine Einschränkung dar ?

bbb) Das Bundesverwaltungsgericht (57) führt an, daß für den Käufer der Automatenverkauf diskreter und daher auch weniger anstößig wäre.

Nach dem BGH (58) ist dagegen die Anstößigkeit des Kaufvorgangs in aller Öffentlichkeit für andere, nicht dagegen die Peinlichkeit für Käufer und Verkäufer ausschlaggebend. Der BGH führt dazu im einzelnen aus: "Durch den öffentlichen Verkauf verlieren eindeutig geschlechtsbezogene Dinge das Schamhafte und Peinliche, das ihnen besonders dann anhaftet, wenn sie zu nicht naturgemäßem Geschlechtsverkehr bestimmt sind". (59) "Wer solche Mittel anderen erkennbar

54) BVerwG NJW 60/1407

55) Hübner FamRZ 1960/335

56) so BGH NJW 61/838 = MDR 1961/615

57) NJW 1960/1407

58) NJW 62/162

59) BGH NJW 62/544; NJW 62/162; BGH 13/16

erwirbt, gibt dadurch Einzelheiten der Gestaltung seiner Geschlechtsbeziehungen preis. Diese vor dem Wissen anderer zu verbergen verlangen Sitte und Anstand (60).

"Der Automat wirbt in der Regel nicht für den heimlichen, sondern für den sich in der Öffentlichkeit vollziehenden Verkauf" (61).

"Wenn sich der Verkaufsautomat in einem sehr breiten Ladeneingang befindet, wo der Inhalt nicht von der Straße aus zu erkennen ist, spielt sich der Verkauf nicht in der Öffentlichkeit ab, und es wird nicht schlechthin Sitte und Anstand verletzt" (62).

In allen diesen Entscheidungen wurde es auf die Anstößigkeit des Kaufvertrags abgestellt, oder auf den anstößigen Erwerb. Jedoch ist bei der Feststellung der Anstößigkeit in § 184 I 3 a besonders zu beachten, daß nicht der anstößige Verkauf unter Strafe gestellt wurde (63a), sondern die anstößige Werbung (63b), wobei unter Werbung der Oberbegriff zu Ankündigen, Anpreisen und Ausstellen verstanden sein soll.

ccc) Nach der Ansicht Hübner's (64) verschmelzen aber Ankündigen und Verkauf zu einer unlösbaren Einheit. Ankündigen und Verkauf bei einem Straßenhändler, der Schutzmittel unter seinem Ladentisch bereithält, seien z. B. eine einzige Handlung, so daß gerade in dem Verkauf das Ankündigen liege. Hübner kommt dann auch zu dem Ergebnis, daß der Verkauf nicht strafbar sei, weil die Ankündigung schon unter Strafe gestellt ist.

Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Die anstößige Ankündigung und die Ankündigung eines anstößigen Verkaufs sind zu trennen und vom Gesetzgeber bewußt getrennt worden, um einen Verkauf zu ermöglichen. Es ließe sich demnach eine Aussage nur dahingehend machen, daß der Verkauf nicht wertneutral ist, wenn er nicht ver-

60) BGH 15/361; NJW BGH 61/838

61) BGH NJW 61/838

62) BGH 4. StS. MDR 61/427

63a) Potrykus MDR 1961/428

63b) BGH 15/361

64) FamRZ 1960/335

boten ist (65).

ddd) So sieht es die herrschende Meinung als zulässig an, daß für Schutzmittel in Zeitungen und in Schaufenstern in diskreter Weise geworben wird. Ebenso wenig wird gegen das Aufstellen von Schutzmittelautomaten in öffentlichen Bedürfnisanstalten und in Toiletten von Gaststätten von der Rechtsprechung etwas eingewandt. Streit herrscht nur darüber, ob das öffentliche Ankündigen von Schutzmitteln in den sonst aufgestellten Automaten an sich schon gegen Sitte und Anstand verstößt. Auf den ersten Blick ist dabei nicht ersichtlich, warum hier eine diskrete Werbung (wenn also z. B. die Aufschrift verdeckt ist und nur das Firmenzeichen zu lesen ist, oder die ganzen Schächte verdeckt sind) gegen Sitte und Anstand verstoßen soll und wieso ein Unterschied zu einem Angebot in einem Schaufenster bestehen soll, wozu der BGH im Ergebnis kommt.

Selbst wenn man sich der Meinung des BGH anschließt, ist damit die Frage nicht unzulässigerweise im Sinne einer generellen Verletzung von Sitte und Anstand entschieden, wie Potrykus (66) annimmt, sondern nur eine Entscheidung getroffen über eine Art der Werbung, mag sie auch sehr verbreitet sein.

cc) Beachtung des Jugendschutzes

Der ausschlaggebende Punkt bei der Anstößigkeit der Werbung ist der Jugendschutz. In einer Zeit, wo die sittlichen Hemmungen bei den Jugendlichen weitgehend abgebaut werden und die Sittlichkeitsdelikte im Zunehmen begriffen sind, ist besondere Rücksicht zu nehmen auf eine harmonische Entwicklung der Jugendlichen und dabei die leichte Beeinflußbarkeit und Labilität besonders zu beachten. Eine absolute Freizügigkeit kann nicht zu einer harmonischen Entwicklung führen, sondern es sind gewisse Grenzen festzulegen. Da der Jugendschutz eine Angelegenheit der Allgemeinheit ist, hat auch das Verhalten des Einzelnen gegenüber der Jugend Sitte und Anstand zu bestimmen, und in einer Jugendgefährdung kann eine Verletzung von Sitte und Anstand gesehen werden.

65) BGH NJW 61/837

66) MDR 61/559

aaa) An den rein äußeren Umständen ist zunächst zu berücksichtigen, daß das häufige Angebot aus Automaten für die Jugendlichen einen Anreiz zum Kauf darstellt. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Schächte verdeckt sind oder die Aufschrift nicht auf den Inhalt hinweist, denn gerade die Neugierde kann bei einem Jugendlichen erst das Interesse wecken (67), und eine geschickte Reklame rechnet durchaus mit solchen Affekten. Ebenso ist damit zu rechnen, daß ein Angebot auf Grund seiner Häufigkeit und damit Eindringlichkeit einen Jugendlichen zum Kaufe einer Sache kriegt, die er sich sonst nicht angeschafft hätte. Der Preis von DM 0,50 oder DM 1, -- bietet dabei keine Sicherung (68). Da auch die Gelegenheit und das Angebot bei Tag und Nacht einen Kauf weitgehend begünstigt und der einzelne Jugendliche durchaus nicht weiß, an welchen Stellen es sonst Schutzmittel zu kaufen gibt, oder diese Stelle ziemlich weit entfernt sein kann, ist es nicht zutreffend zu sagen, die Jugendlichen, die über die Verwendung von Schutzmitteln Bescheid wüßten, könnten sich Schutzmittel auch sonst beschaffen, die anderen aber hätten kein Interesse (69).

bbb) Aufschlußreich ist dabei, daß der Umsatz an Schutzmitteln bei Automaten zehnmal so hoch ist, als im Ladengeschäft (70) und daß 14- und 15-jährige Kinder angetroffen wurden, die mit Schutzmitteln spielten und sie sogar zum Geschlechtsverkehr benutzt hatten (71). Diese Möglichkeit ist zwar auch dann nicht auszuschließen, wenn keine Automaten oder nur Innenautomaten aufgestellt sind, aber es fällt doch ins Gewicht, daß diese Möglichkeit durch eine Vielzahl von Automaten wesentlich häufiger gegeben ist (72), und wahrscheinlich sind viel mehr derartige Fälle tatsächlich vorgekommen, als man weiß. Der Automatenmechanismus tätigt ja ohne Gefühl für Verantwortung, wie es doch in einem Geschäft zu sein pflegt, den Kauf.

67) Becker FamRZ 1958/234; OLG Düsseldorf Urteil 15.4.1957;
OVG Münster Beschluß 21.6.1957

68) anderer Ansicht Bayr. OLG 1955/59

69) so OVG Koblenz FamRZ 58/232; Potrykus MDR 61/560

70) Callsen MA 1957/127

71) BGH NJW 52/544

72) anderer Ansicht BVerwG NJW 60/1407

ccc) Wichtiger als der Anreiz zum Kauf sind jedoch die Einflüsse auf die innere Einstellung und Haltung der Jugendlichen, die von den öffentlich aufgestellten Schutzmittelautomaten ausgehen. Wenn auch das Geschäftsleben viel nivelliert hat (73), so ist doch nach heute gültiger Anschauung von der Geschlechtsbegegnung der Menschen jede Abwertung fernzuhalten. Durch ein häufiges Automatenangebot werden aber Dinge aus der Intimsphäre in die alltägliche Öffentlichkeit getragen (74) und erhalten den Anschein des Unverfänglichen und Selbstverständlichen. Sie werden auf Grund des eindringlichen und breiten Angebotes anders als in einer Zeitschrift oder im Laden wie sonst übliche Gebrauchsmittel angeboten. Gerade in dieser Gleichbehandlung mit Massengebrauchswaren liegt die Anstößigkeit, zumal wenn man noch bedenkt, daß das Breite Angebot in der Öffentlichkeit namentlich bei Kindern das Gefühl für das sittliche Verhalten bezüglich des Geschlechtlichen verwirren muß und deshalb geeignet ist, weithin sittliche Hemmungen abzubauen (75). Jugendliche, die noch keinen richtigen Bezug zum Geschlechtlichen und zu einem Partner gefunden haben, können in den Schutzmitteln ein empfohlenes Mittel sehen, sich geschlechtlich ausleben zu können, wenn ihnen diese Mittel in so einladender Weise angeboten werden. Insoweit wird eine bestehende Gefährdung erhöht und gefördert (76), und das nicht in geringem Maße (77).

dd) Beschränkung auf Außenautomaten

Verschieden sind dabei die Umstände gelagert, wenn in öffentlichen Bedürfnisanstalten und auf der Straße angeboten wird. Im ersten Falle ist das Angebot versteckt und trägt nicht mehr den Mantel des Alltäglichen, es fehlt auch an der Häufigkeit und der daraus resultierenden Eindringlichkeit, so daß man durchaus einen Unterschied machen kann. Dabei empfiehlt es sich, zwischen Außenautomaten und Innenautomaten zu unterscheiden (78). Zu Innenautomaten wird man

73) OVG Koblenz FamRZ 58/232

74) BGH NJW 62/544

75) vgl. BGH 13/16; NJW 61/838; 62/544; 62/162

76) anderer Ansicht BezirksVerwGericht Neustadt MA. 1956/17

77) anderer Ansicht Hess. Verw. GH MA. 1956/288

78) OLG Braunschweig NJW 60/1828

dabei auch solche Automaten rechnen können, die sich an Stellen befinden, die nur schwer einsehbar sind (79).

Damit kommt man zu dem Ergebnis, daß das Aufstellen von Außenautomaten Sitte und Anstand verletzt, ohne daß noch besondere Umstände hinzukommen müssen (80).

Viele Gegenstimmen sind aber der Ansicht, daß man nicht so weit gehen könne, schon allein den Verkauf von Schutzmitteln, auch aus Außenautomaten, unter § 184 I 3 a fallend zu erklären (81).

ee) besondere Umstände

aaa) bei Innenautomaten

Handelt es sich aber um keine Außenautomaten, dann muß noch hinzukommen, daß die Handlung in einer Weise geschieht, die nach sämtlichen Begleitumständen Sitte oder Anstand verletzt, d. h. objektiv geeignet ist, überkommene moralische Regeln oder die Gebote der Diskretion zu verletzen (82), oder eine offenkundige Schamlosigkeit darstellt (83). In Betracht kommt eine aufdringliche Art der Werbung, die Kinder anziehen muß, wie z. B. die Worte "Verkauf auch an Jugendliche", oder wenn die Aufschrift direkt auf den Geschlechtsakt

79) BGH MDR 1961/427; OLG Braunschweig NJW 60/1828

80) ebenso Händel RdJ 1959/208; Polizeipraxis 1959/315; OVG Koblenz FamRZ 58/232, nach dessen Meinung zwar keine aufdringliche Werbung vorliege, aber die Anstößigkeit in der Wahllosigkeit (so RG 67/65; anderer Ansicht Schönke-Schröder § 184 Rn 23) in personeller Sicht liege, d. h. an jedermann, auch an Kinder und Halbwüchsige.

81) OLG Stuttgart Beschluß vom 20. 10. 1955/MA. 1956/17; OLG Celle, der Münzautomat 1956/43; OLG Düsseldorf JMBL/NRW 1956/139; OVG Koblenz FamRZ 1958/232; VGH Bebenhausen der Münzautomat 1958/95; Kohlhaas DVBl. 1959/498; Potrykus RdJ 1959/311; Fiebig MA. 1959/228; OLG Hamm NJW 60/1416; OLG Hamm NJW 61/800; Bayr. OLG NJW 60/1272

82) vgl. Bayr. OLG GA 1953/179;

83) BVerwG NJW 60/1407;

BVerw. GE 10/164

hinweist (84) und dabei das nach der Verkehrsanschauung gebotene Maß an Zurückhaltung und Unauffälligkeit deutlich überschreitet (85).

bbb) Bei der gegenteiligen Ansicht

Ist man aber gegen die hier vorgetragene Meinung, dann können sich die besonderen anstößigen Umstände, die noch hinzutreten müssen (86), insbesondere aus der Örtlichkeit des Angebotes, der Unangemessenheit des Aufstellungsortes, wie z. B. in gewissen Straßen, in der Nähe von Kindern, Schulen, Haltestellen öffentlicher Verkehrsmittel usw. ergeben, z. B. auch dann, wenn in einem Automaten mit 12 Fächern neun mit Schutzmitteln aufgefüllt sind (87).

Bei der Behandlung der Konkurrenzen ist zunächst von Bedeutung, inwieweit § 41 a GewO strafbewehrt ist.

6) Verhältnis des § 184 I 3 StGB zu den §§ 41 a, 146 a I GewO

Durch § 31 II 1/2 Ladenschlußgesetz ist der § 41 a GewO alte Fassung aufgehoben worden, nicht dagegen die Verweisung in § 146 a I GewO. § 146 a GewO war insoweit gegenstandslos. Aus Beratungen läßt sich kein Hinweis entnehmen, daß die Verweisung in § 146 a GewO auf § 41 a GewO auch noch aufrechterhalten werden sollte, nachdem der § 41 a GewO eine andere Fassung erhalten hatte. Das Gesetz hat auch die entsprechende Verwaltung in § 146 a GewO nicht neu in Kraft gesetzt (88). Ebenso ist kein Hinweis vorhanden, daß der Bundestag für die Zuwiderhandlung gegen diese Vorschrift einen hinsichtlich der Strafdrohung von § 184 I 3 a abweichenden Straftatbestand schaffen wollte, und es spricht nichts dafür, daß der Gesetzgeber mit der Aufrechterhaltung des Hinweises auf § 41 a für eine bereits von § 184 I 3 a erfaßte Tat eine mildere strafrechtliche Sonderregelung treffen wollte (89).

84) KG Berlin JW 1934/1060

85) BVerwG NJW 60/1409; Schönke-Schröder § 184 Rn 25;
Schwarz-Dreher § 184 Anm. 4

86) BVerwG. NJW 60/1407; OLG Hamm NJW 60/1416 und NJW 61/800

87) Bayr. ObLG 1955/59

88) BGH 17/309

89) Fuhr § 41 a Anm. 17 (GewO)

Das Feilhalten von Gummischutzmitteln in Außenautomaten ist deshalb nur nach § 184 I 3 a, nicht nach § 41 a, § 146 a I GewO strafbar (90).

90) BGH 17/309

Daß § 41 a unter § 146 a fällt, verneinen Potrykus, Münzautomat 1960/15; Kohlhaas MA 1960/81, bejahen Bayr. ObLG Urteil vom 29. 11. 1961; Rother Gew. Archiv 1959/60.

Nach Dünnebier (JR 1961/387), BGH NJW 52/544 ist § 146 a Spezialvorschrift, weil der Gesetzgeber die Tat zu den Ordnungsverstößen verweisen wollte. Für einen besonderen Tatbestand des § 146 a GewO ist auch das Bayr. ObLG (NJW 62/166), für Subsidiarität der §§ 41 a, 146 a GewO Schönke-Schröder (§ 184 Rn. 26).

CC Die Spielautomaten

AAA) Glückspiel nach § 284

1) Beispiele

Eine unübersehbare Fülle von verschiedenartigen Automaten hat die Vergnügungsindustrie auf den Markt gebracht. Die wohl bekanntesten sind die Geldspielautomaten und die Musikspielautomaten (wobei letztere jetzt auch mit Tischfernwähler und als Farbtonbildautomaten geliefert werden können). Daneben erscheinen immer neue Spielgeräte für Einzelspieler oder für mehrere und dem Markt, die sich dem Trend der Zeit anpassen, so elektromechanische Schießgeräte mit oder ohne Munition, die die Illusion echten Schießens auf Safari vermitteln. Tischfußball mit Figuren und Flippern, "Bowling alle neune" in kleinen Wandkästen und ganze Kegelbahnen, die bei Münzeinwurf funktionieren, Billardflipper, Modellrennbahnen, Elektrogolfspiel, Basketball unter einer Glasplatte, Autotestautomaten mit Steuerrad und Schaltung, Autoskooter auf Festwiesen, die bei Einwurf einer Münze funktionieren, einen Automaten, der das Gefühl echten Skifahrens vermittelt, um nur einige Beispiele aufzuzählen. Mit immer neuen Verkaufsschlägern und einer großangelegten Reklame versucht man, vor allem die Jugendlichen anzuziehen und sie zum Spielen zu bewegen, um so die Kassen zu füllen. Auch kleine Kinder werden in das Programm der Automatenhersteller einbezogen, indem man Kinderspielautomaten, Pferdchen, Eisenbahnen usw. dort aufstellt, wo die Eltern zum Kauf von Waren angeregt werden sollen. Um das Spielen möglichst leicht zu machen, ist man übergegangen, in den Spielautomaten Münzwechsler einzubauen, und für Abwechslung beim Spiel sorgen die "Automatenhallen", in denen ein besonders reichhaltiges Sortiment angeboten wird.

2) Spielgrund

Teils ist es die Lust an der technischen Perfektion, teils ein gewisser Sensationshunger der Jugendlichen in der Pubertät, was die Spielautomaten zu einem besonderen Anziehungspunkt für die Jugendlichen werden läßt. Hinzu kommt, daß es vielen Jugendlichen nicht liegt, ihre Freizeit produktiv zu nützen. Bei den Spielautomaten

finden die Jugendlichen aber ein Erlebnissurrogat größten Stils, das in ihnen Spannungen hervorruft und manchmal eine innere Leere und Spannungslosigkeit oder ein Unbehagen an der Kultur überdeckt. Gewinnaussicht und Lusterzeugung werden dabei miteinander gekoppelt (1). Von dieser Sicht aus gesehen ist es nicht von der Hand zu weisen, daß die Spielautomaten für Jugendliche zu einer gewissen Gefahr werden können. Vielfach sind auch die Automatenhallen ein Treffpunkt für kriminelle Jugendliche geworden.

3) rechtspolitische Erwägungen

Für die Lösung der rechtspolitischen Frage, ob die soziale Erscheinung des Spiels mit Strafe bedroht werden soll, ist die durch die Vergleichung ihres sozialen Unwerts mit ihrem sozialen Wert festzustellende Größe des Übels entscheidend, das die Gesellschaft durch diese Erscheinung erleidet, sowie die praktische Wirksamkeit einer gegen diese Entscheidung gerichtete Strafrechtsnorm (2).

Unter den sozialen Werten sind aufzuzählen der Verbrauch überschüssiger Energie, die für einen instinktiven Drang vorübergehende, harmlose Entladung, die Erholung von Ermüdungszuständen und die freiwillige Unterwerfung unter die Spielregeln; beim sozialen Unwert sind die Gefährdung wichtiger Güter, die Verringerung der Disposition zur Arbeit und die Lustwirkung bei Gewinn, die zu einer Arbeitsentfremdung führen kann, zu nennen. Daraus ergibt sich, daß nur das Glückspiel in erheblicher Weise antisozial ist.

Auch das Automatenrecht beherrscht der Grundsatz, daß Spiele und Spieleinrichtungen, die lediglich der Unterhaltung dienen, weder zulassungs- noch genehmigungsbedürftig sind und daß jedes, auf reine Unterhaltungsspiele gerichtete Verhalten rechtlich bedeutungslos ist (3).

4) Abgrenzung zwischen Spiel und Wette

Nach § 284 macht sich strafbar, wer ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glückspiel veranstaltet oder hält oder die Einrichtungen

1) Seidel aaO. S. 149

2) Seelig S. 198

3) Bayr. ObLG Urteil v. 21. 5. 1957 Münzautomat 1957/340

hierzu bereit stellt.

Das Glückspiel ist eine Unterart des Spiels. Zunächst bedarf der Begriff des Spiels einer Abgrenzung zur Wette, da die Wette im StGB nicht aufgeführt wird, sich aber nach dem täglichen Sprachgebrauch Überschneidungen mit dem Wort Spiel ergeben.

a) Eine Unterscheidung könnte sich aus objektiven Gesichtspunkten ergeben, nämlich daß beim Spiel die Kontrahenten im Gegensatz zur Wette den Entscheidungsfall selbst herbeiführen (= Tätigkeitstheorie) oder daß das Spiel auf Fälle beschränkt wird, bei welchem die Entscheidung von einem künftigen Umstand abhängig gemacht wird (= Zeitpunktschritte) oder daß es bei der Wette um Behauptungen, beim Spiel um Tatsachen geht, die Bedingung der Gewinnentscheidung sind. Eine solche Unterscheidung ist nach der herrschenden Meinung jedoch unzutreffend, weil objektiv der Sachverhalt bei Spiel und Wette gleich ist (4).

b) Möglich wäre aber eine Abgrenzung subjektiv nach Motiv und Zweck. So vertritt das Reichsgericht (5) die Ansicht, bei der Wette sei der Meinungsstreit das Motiv, die Ermöglichung oder Sicherung des dem Gegner zu führenden Nachweises der Zweck. Seine Befriedigung suche der Sieger im Siege, nicht in der Bereicherung. Beim Spiele dagegen geschehe die Aufstellung von Behauptungen lediglich zum Zwecke des Spieles, und der Anreiz sei die Aussicht auf Erfolg. Ergänzend führt das Reichsgericht (6) aus: "Die Wette ist ein Vertrag, nach welchem sich die Parteien im Falle einer Meinungsverschiedenheit im Interesse der Bewährung ihrer Ansichten zu einer bestimmten Leistung verpflichten, welche derjenige verwirkt haben soll, dessen Behauptung unrichtig ist. Das Spiel dagegen ist ein Vertrag, kraft dessen sich die Parteien, sei es zum Zweck der Unterhaltung, sei es der Lust am Wagen, sei es der Gewinnsucht, unter der Bedingung, deren Eintritt oder Nichteintritt entweder von einer der Parteien vorgenommenen Tätigkeit oder von anderen zufälligen Umständen abhängt, sich der Möglichkeit eines Verlustes unterwerfen,

4) RG 6/421; RG 7/26

5) RG 6/421

6) RG 7/26

um für den entgegengesetzten Fall eine Leistung des Gegners zu verlangen". Dem schließt sich Schwarz-Dreher an (7), wenn er sagt, bei der Wette sei die Erledigung des Meinungsstreites Zweck des Vertrages, das Spiel dagegen geschehe aus Gewinnsucht und Schönke-Schröder (8), der als Zweck des Spiels Unterhaltung oder Gewinn ansieht.

c) Demgegenüber wird die Meinung vertreten, das Spiel sei ein Unterfall der Wette oder es bestehe kein Unterschied (9).

d) Richtiger Ansicht nach sind Spiel und Wette nicht gegensätzliche Begriffe, die einander ausschließen, sondern sich überschneidende Begriffe (10). Der Sprachgebrauch sieht das Wesentliche der Wette darin, daß mehrere Personen, welche entgegenstehende Behauptungen aufgestellt haben, sich dahin einigen, daß derjenige, dessen Behauptung falsch ist, sich zu einer Leistung verpflichten solle (11). Beim Spiel dagegen steht psychisches Verhalten im Vordergrund. Es besteht in der bewußten Hervorrufung von Aktlustgefühlen eines oder mehrerer Menschen, durch Mittel, die geeignet sind, diese Erlebnisreihe zu erzeugen oder zu fördern (12). Die Wette bedarf eines Vertrages und setzt damit notwendigerweise einen Vertragsgegner voraus, das Spiel kann auch von einem einzelnen allein vollzogen werden. Wird aber ein Spiel vertraglich vereinbart, so kann als Spielform auch die Wette verwendet werden (13). Dieser Vorgang bleibt ein Spiel. Aber auch dann, wenn zu einem Wettvertrag bestimmte psychologische Zustände hinzutreten, oder die äußeren Umstände dem Hinzutreten des spielenden Verhaltens günstig erscheinen, wird der Vorgang als Spiel bezeichnet (14).

7) § 284 Anm. 1 A

8) § 284 Rn. 4

9) vgl. Frank § 284 Anm. II

10) Seelig S. 67; Weiser S. 15

11) Stenglein ZStW 3/111

12) Seelig S. 32

13) Seelig S. 67

14) Weiser S. 15

5) der Spielpartner

Wichtig ist, in diesem Zusammenhang die Frage zu klären, wer als Partner eines Vertrages bei Automaten in Frage kommt. Kann ein Automat nur von einem allein bedient werden, so ist der Automatenaufsteller Partner des Vertrages, nicht der Automat. Dem Automatenaufsteller geht es aber bei den derzeit vorhandenen Automaten nicht um den Beweis einer aufgestellten Behauptung, sondern um das spielende Verhalten des Benützers, so daß ein Wettvertrag nicht in Betracht kommt. Können mehrere an einem Automaten gleichzeitig spielen, so kann einer allein durch Einwurf des Geldes mit dem Automatenaufsteller einen Vertrag schließen. Ein weiterer Vertrag wird dann zwischen den Benützern zustandekommen, der jedoch in diesem Zusammenhang nicht mehr von Bedeutung ist, da er nichts ändert an dem Charakter des Vertrages mit dem Automatenaufsteller. Schließt jeder Spieler durch Einwurf eines Geldstückes mit dem Automatenaufsteller einen Vertrag, so ist das Ergebnis dasselbe, weil auch hier mehrere getrennte Verträge vorliegen und nicht ein Vertrag zwischen Spieler und Aufsteller als gleichgeordnete Vertragspartner.

6) Abgrenzung zwischen Glückspiel und Geschicklichkeitsspiel

Ein Glückspiel liegt ganz allgemein vor, wenn die Entscheidung über den Ausgang des Spiels wesentlich vom Zufall abhängt.

a) Objektiv gibt es keinen Zufall, da jedes Ereignis die notwendige Wirkung der vorangegangenen Ursachen ist. Der Zufall besteht demnach nur subjektiv in dem Mangel der Erkennbarkeit der einem Ereignis zugrundeliegenden Kausalität und der damit verbundenen Unberechenbarkeit seines Eintritts (15). Ein Glückspiel ist auch dann noch gegeben, wenn die Entscheidung über den Ausgang des Spieles in einer den Spielern nicht erkennbaren Weise völlig ausgeschaltet wurde (16) oder wenn z.B. die Entscheidung darüber, wer einen Gewinn erhalten soll, von der Willkür des Einsatzempfängers abhängt (17)

15) Weiser S. 22; RG 25/256; 27/94

16) RG 61/12

17) RG 27/94

oder der Einsatzempfänger durch täuschende Manipulationen die Gewinnchancen des Spielers zu seinen Gunsten vermindert hat (18). Beim Glückspiel müssen die Kausalitäten unberechenbar und der Einwirkung der Interessenten entzogen sein (19). Danach scheiden vom Glückspielbegriff die Geschicklichkeitsspiele aus (20). Beim Geschicklichkeitsspiel kann der Zufall als Bedingung des Erfolges den Gewinn nicht herbeiführen. Das entscheidende Ergebnis ist vielmehr von der gewinnenden Partei richtig berechnet oder bewußt herbeigeführt, was notwendig die Erkenntnis der Kausalität durch diesen Partner voraussetzt (21). Diese Erkenntnis erfolgt regelmäßig auf Grund einer Reihe von psychischen oder physischen Fähigkeiten, die eigentlich mit dem Sammelbegriff Geschicklichkeit nur ungenügend bezeichnet sind. Es kann vielmehr Aufmerksamkeit, Körperkraft, manuelle Geschicklichkeit, Intelligenz, Kombinationsgabe, Wissen, Gedächtnis und in allen diesen Fällen eine gewisse Übung sein, die den Vertragspartner in den Stand setzt, den Eintritt des Ereignisses richtig zu berechnen oder bewußt herbeizuführen (22). Glückspiel und Geschicklichkeitsspiel sind demnach gegensätzliche Begriffe.

b) Bei den meisten zur Zeit vorhandenen Spielautomaten kann sich der Spieler in irgendeiner Form am Ausgang des Spieles beteiligen. Es handelt sich also nicht um reine Glücksspiele, wo der Zufall allein entscheidet, sondern um gemischte Spiele. Hängt bei ihnen die Entscheidung über den Spielausgang vorwiegend vom Zufall ab, so fallen sie unter den Glückspielbegriff (23).

c) Nach einer Entscheidung des Reichsgerichts (24) stelle es der Veranstalter jedem Gegenspieler anheim und überlasse es damit dem Zufall, ob er Geschicklichkeit anwenden wolle. Damit wird auf objektive und subjektive Maßstäbe abgestellt. Ein aus den Absichten

18) Sabath S. 16

19) RG 34/405

20) vgl. Schönke-Schröder § 284 Rn. 5

21) Seelig S. 40

22) Weiser S. 31

23) Seelig S. 43; Bayr. OLG 10/67; Schönke-Schröder § 284 Rn. 5

24) RG JW 33/2147

des Spielers entnommener subjektiver Maßstab ist aber kein geeignetes Kriterium für die Abgrenzung zwischen Geschicklichkeits- und Glückspiel (25). Soll sich nun aber die Glückspieleigenschaft eines Automaten nach dem einzelnen Spieler oder dem Durchschnitt der Spieler bemessen? Da sich die einzelnen Spieler bei Automaten nicht ermitteln lassen und derselbe Automat seine Eigenschaft je nach Spieler wechseln könnte, muß gegenüber dem Publikum eine einheitliche Entscheidung getroffen werden. Dabei kommt es darauf an, ob die Wahrscheinlichkeit, auf den Ausgang des Spieles durch Geschicklichkeit einzuwirken, für den Durchschnitt (26) der in Betracht kommenden Spieler so gering ist, daß bei der Mehrzahl der Einzelspiele hiermit nicht zu rechnen ist. Dabei ist es belanglos, wenn einzelne Spieler auf Grund ihrer Geschicklichkeit den Ausgang des Spieles bestimmen können (27).

d) Wie man dabei zu einem praktischen Ergebnis kommt, ist ein technisches Problem, zu dessen Lösung in neuester Zeit eigene elektrische Geräte konstruiert wurden. Dem Gericht bleibt es vorbehalten, die Feststellung durch praktische Versuche, durch Versuchspersonen oder durch Sachverständige treffen zu lassen. Da man bei Geldspielautomaten schwerlich alle Möglichkeiten und Spielvorgänge untersuchen kann, unter Variation der zufälligen Teilursachen einerseits und der bewußten Willenshandlungen andererseits, ist oft ein experimentelles Vorgehen unter Zugrundelegung der normalen Fähigkeiten eines normalen Menschen bei normaler Übung die einfachste Lösung. Bei einer Berechnung sind die Geschicklichkeitstreffer den gesamten Spielergebnissen gegenüberzustellen, nicht das durchschnittliche Verhältnis der Treffer zu den Verlierern heranzuziehen und dann unter Umständen ein Glückspiel zu verneinen, weil der Spieler 50 % Treffer erzielen konnte. Daß in einem solchen Fall trotz der hohen Durchschnittstrefferzahl bei den Einzeltreffern nur der Zufall entscheiden könnte, bedarf keiner besonderen Erörterung (28).

25) Klee JW 1933/2147

26) Seelig S. 40; RG 34/143; RG 41/221; RG 41/333; RG JW 1933/2146; RG JW 1939/2551; Bayr. ObLG Str. 10/68; BGH 2/276; Schönke-Schröder § 284 Rn 5; Schwarz-Dreher § 284 Anm. B b

27) BGH 2/274

28) RG 62/163

7) Vermögenswert

Für die strafrechtliche Bewertung kommen Glücksspiele aber nur dann in Betracht, wenn der Gegenstand des Spiels einen nicht ganz unerheblichen Vermögenswert hat (29).

a) Gegenstand des Spiels ist aber der Einsatz und der vereinbarte Gewinn, so daß beide einen Vermögenswert haben müssen (30).

b) Eine gewinnsüchtige Absicht ist nicht erforderlich (31).

c) Es wurde versucht, den Vermögenswert festzulegen nach den Mitspielern im konkreten Fall, von einigen nach dem Mindestvermögen, von anderen nach dem Vermögen des Durchschnitts der Spieler. Das Bayr. Oberste Landesgericht (32) will nach der Verkehrsanschauung unter Würdigung der Vermögensverhältnisse der Spieler entscheiden, weil die Mitberücksichtigung der Vermögenslage der Spieler der gesetzlichen Bestimmung des § 284 in höherem Maße Rechnung trage, als eine absolute Betrachtungsweise. Der Gesetzgeber habe den schädigenden Folgen begegnen wollen, die sich aus der Spiel Leidenschaft für die Sittlichkeit der Beteiligten und für deren wirtschaftliche Lage ergeben. Diese Bestimmungsgrundsätze erweisen sich jedoch bei den Glückspielautomaten als unbrauchbar, da der Kreis der Spieler völlig ungewiß ist und die Vermögenslage im einzelnen unbestimmbar ist (35). Es ist deshalb ein absoluter Maßstab nötig (34), den man in der gesellschaftlichen Anschauung findet. Die gesellschaftliche Anschauung muß demnach dem Gewinn (35) und dem Einsatz einen Vermögenswert zusprechen.

29) vgl. Bayr. ObLG GA 1956/385; RG 7/26; 10/246; 45/425; 64/357

30) so Maurach II S. 342; OLG Braunschweig NJW 54/1778; eine andere Ansicht nimmt an, daß nur der vereinbarte Gewinn einen Vermögenswert haben muß, so Schönke-Schröder § 284 Rn 6; RG 40/33; Schwarz-Dreher § 284 Anm. 1 B b; Leipz. Kom. § 284 Anm. 2 a.

31) vgl. RG 6/70; 7/28; 18/344; 33/237

32) GA 1956/385 Bayr. ObLG 1956/217

33) Maurach II S. 342

34) Schönke-Schröder § 184 Rn. 6

35) RG 6/74; 19/253

d) Im einzelnen haben Gerichte schon einen Einsatz von einem Pfennig (36) oder 10 Pfennig (37) als nicht unbedeutend angesehen, andererseits aber auch einen Einsatz von 5 Pfennig (38) oder 10 Pfennig als zu gering erachtet (39). Für die Bemessung des Vermögenswertes können sich Aufschlüsse aus dem Zweck der Strafbestimmungen ergeben. Eine Vermögensverletzung kommt nicht in Betracht, weil eine Bestrafung auch erfolgt, wenn sich Gewinn und Verlust ausgleichen, aber auch eine Vermögensgefährdung (40) ist abzulehnen; des eigenen Vermögens, weil das moderne Strafrecht kein Verbrechen gegen sich selbst kennt, des fremden Vermögens, weil dieses nur geschützt ist, wenn der Vermögensvorteil rechtswidrig ist und das angewendete Mittel strafwürdig (41). Ebenso wenig wird man die Möglichkeit des Vermögenserwerbes als Grund der Strafbarkeit ansehen können (42), sondern der Schutz der wirtschaftlichen Ordnung (43) soll bewirkt werden. Denn die Spieleidenschaft führt zu einer Arbeitsentfremdung und als Folge zu einer Deliktsneigung, sie kann weiter zu einem Zersetzungsprozeß der Persönlichkeit führen. Dieses Laster, das das einzelne Individuum seinen Pflichten gegenüber der Gesellschaft entzieht, soll das Glückspielstrafrecht bekämpfen. Das kann auch dadurch geschehen, daß die natürliche Spieleidenschaft des Publikums unter obrigkeitliche Kontrolle und Zügelung kommt (44), wie es in den Bestimmungen der §§ 284 ff geschehen ist. Die Höhe des Einsatzes und des Gewinns ist dabei nur insofern ausschlaggebend, als sie die Spieleidenschaft steigert. Dieses Ergebnis rechtfertigt es zusammen mit der Tatsache, daß diejenigen Erscheinungsformen des Spiels strafrechtlich zu erfassen sind, die die objektive Möglichkeit der Teilnahme von Spielern verschiedenster Vermögenslagen bilden, jeden noch so geringen Spieleinsatz als Vermögenswert anzusehen (45), soweit er nur

36) RG 29/66

37) vgl. RG 62/163; 64/219; 64/355; Bayr. OLG 10/67

38) LG Tübingen NJW 60/1359

39) OLG Köln NJW 1957/721

40) vgl. Schönke-Schröder § 284 Rn. 2, Mezger II S. 199

41) Weiser S. 72

42) so Seelig S. 84

43) so Weiser S. 80

44) RG 65/195

45) Weiser S. 87

verkehrsfähig ist. Sind Einsatz und Gewinn verkehrsfähig, sind sie nicht ganz unerheblich (46).

8) Öffentlichkeit

Das Merkmal der Öffentlichkeit ist erfüllt, wenn die Automaten dem Publikum als solchem, also einem nicht festgeschlossenen Personenkreis (47) nach außen erkennbar (48) zugänglich gemacht werden, z. B. in einer öffentlichen Wirtschaft (49). Da die Automaten aus wirtschaftlichen Erwägungen grundsätzlich für einen möglichst großen Spielerkreis gedacht sind, ist das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit unproblematisch.

9) ohne behördliche Erlaubnis

Das Glückspiel muß ohne behördliche Erlaubnis veranstaltet werden usw. Bei Glückspielautomaten sind die Bestimmungen § 33 d und § 33 i GewO zu beachten. Die Zulassung durch die Physikalisch-Technische Bundesanstalt ist dabei keine behördliche Erlaubnis, sondern lediglich die Voraussetzung für eine behördliche Genehmigung (50). Die Tatsache der Zulassung schließt die Anwendbarkeit des § 284 nicht aus (51). Herbert Ohmig (52) führt dazu aus, die Aufstellung von zugelassenen Glückspielgeräten könne nicht als eine an sich unerlaubte Betätigung gelten, da ein Rechtsanspruch auf die Erteilung der Genehmigung bestehe. Dagegen läßt sich anführen, daß die Genehmigung bei Unzuverlässigkeit verweigert werden kann (§ 33 d III GewO). Weiterhin bezieht sich die Genehmigung der Behörde nur auf einen solchen Gerätezustand, der dem von der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt zugelassenen entspricht (53). Nimmt der Automatenaufsteller demnach Veränderungen, mögen sie auch nur geringfügig sein, an seinem Glückspielautomaten vor, so kann er sich trotz einer zunächst vorliegenden behördlichen Genehmigung nach § 284 strafbar machen.

46) Seelig (S. 100) spricht davon, daß § 284 nur eine qualitative, aber keine quantitative Grenze kennt.

47) RG 57/193

48) Bayr. ObLG GA 1956/385

49) Schwarz-Dreher § 184 Anm. 2 D 1

50) mit Fn 53) siehe Seite 88 unten.

10) Täter bei § 284

Nach § 284 kommen als Täter in Betracht der Spielveranstalter, der Spielhalter und derjenige, der Glückspieleinrichtungen bereitstellt.

a) Ein Glückspiel veranstaltet jeder, der der Allgemeinheit die Möglichkeit der Teilnahme (54) durch eine auf die Einrichtung oder Durchführung des öffentlichen Spieles gerichtete Tätigkeit verschafft. Das Aufstellen und Zugänglichmachen des Spielplanes genügt, eine Spielbeteiligung muß nicht stattgefunden haben (55). Auch der Veranstalter selbst muß nicht am Spiel teilgenommen haben (56). Der Automatenaufsteller ist damit als Spielveranstalter anzusehen.

b) Ein Glückspiel hält, wer als Unternehmer die Spieleinrichtungen (57) gegen Entgelt zur Verfügung stellt und damit mehreren Personen die Gelegenheit gibt, sich wiederholt an einem Spiel zu beteiligen (58). So ist der Automateninhaber dann Spielhalter, wenn er dem Automatenaufsteller die Automaten gegen Gewinnbeteiligung zur Verfügung stellt. Dasselbe gilt, wenn ein Automatenaufsteller einem Wirt entgeltlich Glückspielautomaten zur Verfügung stellt. Ein scharfer begrifflicher Unterschied zwischen dem Spielveranstalter und dem Spielhalter besteht nicht (59) und läßt sich auch bei Glückspielautomaten nur schwer machen. Vielfach fallen bei Automaten

50) OLG Hamm Urteil vom 24. 5. 1967, MA 1957/344

51) so OLG Karlsruhe NJW 53/1642; anderer Meinung OLG Köln

NJW 57/721, das die Geltung des § 284 neben §§ 33 d, 146 GewO verneint.

52) MA 1955/177

53) OLG Hamm Urteil vom 24. 5. 1957 MA 1957/344

54) so BGH NJW 58/759

55) Leipz. Kom. § 284 Anm. 4; Schwarz-Dreher § 284 Anm. 2 A, ebenso Maurach BT S. 341 bezüglich des Veranstaltens, Haltens und Bereitstellens; ein Vertragsangebot genügt auch nach RG 61/15; RG 62/166; anderer Ansicht Schönke-Schröder § 284 Rn. 12

56) Leipz. Kom. § 284 Anm. 4; Schönke-Schröder § 284 Rn. 12

57) Schönke-Schröder § 284 Rn 13

58) Seelig S. 90

59) Leipz. Kom. § 284 Anm. 4

der Spielhalter und der Spielveranstalter in einer Person zusammen, einmal im Aufsteller, der die Geräte aufstellt und dem Wirt zur Verfügung stellt, aber auch im Wirt, wenn er die Geräte selbst aufstellt und betreibt. Ist der Wirt nicht Aufsteller und auch nicht am Kassensinhalt beteiligt, kommt die dritte Alternative des § 284, das Bereitstellen von Einrichtungen in Betracht.

c) Bereitstellen ist jede Tätigkeit, die das Glückspiel fördert. Der Wirt ist danach Täter, der in seinen Räumen das Aufstellen von Automaten duldet (60), aber auch der Verkäufer von Glückspielautomaten kann darunter fallen (61).

11) Beteiligung nach § 284 a

Am Glückspiel beteiligt sich, wer selbst spielt, d. h. sich den vom Zufall abhängenden Gewinn- und Verlustchancen unterwirft, den Spielvertrag eingeht und einen Einsatz als Gegenleistung für den Gewinn opfert (62). Wichtig ist, daß beim Spieler das spielende Verhalten vorliegt (63). Zum Spielen gehört aber nicht unbedingt die Entfaltung eigener Tätigkeit, und die körperliche Mitwirkung beim Spiel ist nicht erforderlich (64), es genügt, wenn auf die Rechnung des Täters gespielt wird; so beteiligt sich auch der Vertreter oder Beauftragte, der im Namen oder auf Rechnung eines anderen spielt (65). Die Täterschaft desjenigen, der die Spielhandlung durch einen anderen ausführen läßt, hört aber auf, wenn er dem Spiel so ferne steht, daß er den charakteristischen psychischen Zustand des spielenden Verhaltens nicht erlebt. Es spielt auch der Veranstalter und Halter, der selbst mitspielt, da nicht vorausgesetzt wird, daß das Spiel von einem Dritten veranstaltet wird (66). Der Wirt, der nur das Spiel duldet, leistet Beihilfe (67), ist aber nicht selbst Spieler (68).

60) Schwarz-Dreher § 284 Anm. 2 c

61) OLG Hamm Urteil vom 24. 5. 1957; MA 1957/344

62) RG 67/397

63) Seelig S. 88

64) RG 64/355

65) Leipz. Kom. § 284 a Anm. 1; Schönke-Schröder § 284 a Rn. 2

66) Schönke-Schröder § 284 a Rn. 2

67) Schönke-Schröder § 284 a Rn. 5

68) anderer Ansicht Seelig S. 88

Bei Automaten kommen als Gegenspieler der Mitinhaber des Kassensinhalts, meistens der Wirt, wo der Automat aufgestellt ist, und der Aufsteller in Betracht (69), von ihnen geht das Angebot zum Spielvertrag aus.

12) Täter nach § 285

Als Täter für § 285 kommt nur in Betracht, wer am Spiel teilnimmt, die in § 284 unter Strafe gestellten Handlungen reichen für sich allein nicht aus (70). Da aber bei Automaten der Aufsteller und meistens der Wirt als Mitinhaber des Kassensinhalts als Gegenspieler in Betracht kommen (71), werden diese auch von der Strafbarkeit umfaßt. In § 285 befreit die behördliche Erlaubnis nicht von Strafe (72). Damit ist § 285 ein selbständiges Delikt und die Gewerbsmäßigkeit strafbegründend (73). § 50 II findet keine Anwendung, da die Gewerbsmäßigkeit strafbegründend ist. Auch wenn beim Gehilfen keine Gewerbsmäßigkeit vorliegt, ist er nach §§ 49/285 strafbar. Als Gehilfe des Unternehmers, der Automaten als Werkzeug für ein Spielgewerbe benützt, kommt der Wirt in Betracht, welcher die Aufstellung von Glückspielautomaten in seinen Räumen gestattet (74). Ist der Wirt Mitinhaber des Kassensinhalts, kommt er aber auch noch selbst als Gegenspieler in Betracht (75).

13) Konkurrenzen

Tateinheit zwischen § 284, 284 a, 285 a ist möglich (76).

69) RG 64/355

70) Leipz. Kom. § 285 Anm. 2; Schwarz-Dreher § 285 Anm. 1; RG 65/56 "Täter ist nur, wer den Spielvertrag im eigenen Namen abschließt"; anderer Meinung Schönke-Schröder § 285 Rn. 4

71) RG 64/355

72) RG 65/56

73) Schwarz-Dreher § 285 Anm. 1 a; Schönke-Schröder § 285 Rn 5

74) Leipz. Kom. § 285 Anm. 5

75) RG 64/355

76) Leipz. Kom. § 284 Anm. 7; Schönke-Schröder § 284 a Rn. 7, § 285 Rn. 7

14) Beispiele für Glückspielautomaten

Bei der Fülle der auf dem Markt vorhandenen Geldspielautomaten ist es nicht möglich, jeden auf seine Eigenschaft als Glückspielautomat im Rahmen der vorliegenden Erörterungen zu überprüfen. Es sollen aber einige Beispiele angeführt werden. Die Eigenschaft als Glückspielautomat ist bejaht worden bei den - früher mehr üblichen - Geldspielautomaten, wo das Geld mittels eines Schnappers, einer Ringscheibe oder eines Schlages in gewisse Bahnen gelenkt wird und je nach der Bahn, oder der Öffnung die das Geldstück erreicht, ein Gewinn ausbezahlt wird. Die Untersuchungen haben ergeben, daß ein gleichstarker Druck nicht zu den gleichen Ergebnissen führt, wegen der Verschiedenheit der Münzen, der Abnutzung, der Wärme und sonstigen Einflüssen. Im einzelnen wurden von der Rechtsprechung als Glückspielautomaten angesehen der Bajazzo-Automat (77), der Hansa-Automat (78), der Mint-Automat (79), der Spiralo-Automat (80) und der Hubertus-Fuchsjagd-Schieß-Automat, da die Aussicht auf Treffer fast völlig dem Zufall anheimgestellt ist (81).

15) Verhältnis der §§ 33 d, 146 I 5 GewO zu § 284 StGB

Da § 33 d GewO teils weiter als § 284 StGB ist, weil auch Geschicklichkeitsspiele davon umfaßt werden, teils sogar, weil nur Geräte davon betroffen sind und Gewerbsmäßigkeit verlangt wird, handelt es sich bei beiden Paragraphen um sich überschneidende Anwendungsbereiche und demgemäß stellt § 33 d in Verbindung mit § 146 I 5 GewO keine Sonderregelung gegenüber § 284 dar. So ist Tateinheit möglich (82).

77) RG 62/163

78) RG 64/219

79) RG 64/355

80) RG JW 33/2147

81) RG JR 28/2067

82) OLG Karlsruhe NJW 53/1642; anderer Meinung OLG Köln NJW 1957/721, wonach § 284 nicht neben §§ 33 d, 146 GewO angewendet werden kann, weil der erforderliche Schutz schon durch § 33 d gewährt wurde; ebenso Oberverw. G. Berlin Urteil vom 11.5.1955 und Herbert Ohmig in MA 1955/177

BBB Lotterie und Ausspielung nach § 286

Zu erwägen ist noch, inwieweit bei Automaten nicht nach § 286 die Veranstaltung einer Lotterie oder Ausspielung in Betracht kommt.

1) Lotterie, Begriff

Als Lotterie ist ein Unternehmen anzusehen, bei dem einer Mehrzahl von Personen die Möglichkeit eröffnet wird, nach einem bestimmten Plan einen bestimmten Einsatz, ein vom Eintritt eines zufälligen Ereignisses abhängiges Recht auf einen bestimmten Geldgewinn zu erwerben (83). Der wesentliche Unterschied zwischen Glückspiel und Lotterie besteht aber nicht in der Teilnahmemöglichkeit einer Mehrheit von Personen (84), sondern es muß ein vom Unternehmer festgesetzter Spielplan bestehen (85), worin die Zahl und die Verteilung der Lose, die möglichen Gewinne, ihre Höhe und die Verteilung an die Mitspieler festgelegt sind (86). Dabei genügt es auch, wenn sich die Anzahl und die Höhe der Gewinne nach bindenden Regeln bestimmen, sobald die auszuschüttende Geldmenge feststeht (87a). Ein Beispiel dazu, wann bei Automaten die Veranstaltung einer Lotterie in Frage kommt, bringt Schneikert (87 b). Es handelt sich dabei nur um einen Einzelfall.

83) Leipz. Kom. § 286 Anm. 1; RG 34/447; RG JW 1934/3204;

Schönke-Schröder § 286 Rn. 2; Schwarz-Dreher § 286 Anm. 1 A

84) OLG Braunschweig NJW 54/1777

85) vgl. Schönke-Schröder § 286 Rn. 3, 9

86) OLG Braunschweig NJW 54/1777

87a) RG JW 1934/3204; Schwarz-Dreher § 286 Anm. 1 A b

87b) Rpfleger 1908 S. 284; Auf den Ruf des Spielleiters, der sich in einem Kreis von zehn Hebelautomaten befindet, wirft jeder Spieler 10 Pfennig in eine Einwurfsöffnung, eine Kugel, die dabei frei wird, wird auf ein weiteres Zeichen des Spielleiters hochgeschleudert und fällt in ein Fach.

Wer das Fach mit der höchsten Nummer erreicht, hat gewonnen und erhält die Einsätze minus 20 %.

2) Ausspielung, Begriff

Die Ausspielung ist eine Veranstaltung, bei welcher der Veranstalter eine oder mehrere nicht in Geld bestehende Sachen aussetzt, d. h. zum Erwerb durch andere bereitstellt, der andere Teil durch einen Einsatz die Aussicht auf den Erwerb einer solchen Sache für sich oder einen Dritten erhält und die Entscheidung über den Erwerb durch ein Verfahren irgendwelcher Art nach irgendeiner Richtung überwiegend vom Zufall abhängig gemacht wird (88). Der wesentliche Unterschied zur Lotterie besteht darin, daß die Gewinne nicht in Geld, sondern in Sachen oder geldwerten Leistungen bestehen (89). Eine Ausspielung ist auch dann möglich, wenn sich die Spiele nur zwischen dem Unternehmer und je einem Spieler vollziehen (90), wie es gerade bei Automaten der Fall ist. Haben die Gewinner nach dem Spielvertrag von vornherein einen Rechtsanspruch darauf, nach ihrer Wahl den Gewinngegenstand oder einen seinem Werte entsprechenden Geldbetrag ausgehändigt zu erhalten, so kommt nicht mehr Ausspielung in Frage, sondern es liegt Glückspiel vor. Der Ausspielung genügt, wenn die ihren Gegenstand bildende, nicht in Geld bestehende Sache auch nur mehr oder minder bestimmt ist (91).

3) Gemeinsame Merkmale für Ausspielung und Lotterie

a) Einsatz

aa) Vermögenswert

Von besonderer Bedeutung bei einer Ausspielung und Lotterie ist der Einsatz. Der Teilnehmer muß sich die Beteiligung durch einen Einsatz erkaufen (92), der Vermögenswert haben muß (93). Auch ein Pfennig stellt einen vermögenswerten Einsatz dar (94), da es, wie schon früher dargelegt, auf die Verkehrsfähigkeit ankommt.

88) RG 59/347; RG 10/242

89) Schönke-Schröder § 286 Rn. 11; Schwarz-Dreher § 286 Anm. 1 B a

90) RG 10/242

91) RG 64/219

92) RG 65/195

93) RG 60/128

94) RG 29/66; anderer Ansicht LG Tübingen NJW 60/1359

bb) versteckter Einsatz

Der Einsatz selbst kann auch ein versteckter sein (95), so z.B. im Eintrittspreis für eine Veranstaltung, in Abonnements (96) und im Kaufpreis (97).

cc) Bestimmung des Einsatzes

Dabei leistet auch derjenige einen Einsatz, der eine gleichwertige Gegenleistung für Geld deshalb erwirbt, weil er an den Gewinnaussichten teilhaben will (98). Zahlreiche Leute kaufen nämlich eine Sache nicht, wenn ihnen nicht außer der Sache ein weiterer Vorteil geboten wird (99). Wenn der Veranstalter den Warenpreis wegen der Ausspielung nicht eigens erhöht, kann das Vorliegen eines Einsatzes nicht schon deshalb verneint werden (100). Es muß auch nicht ausdrücklich ein Teil des gezahlten Betrages als Einsatz bezeichnet sein (101). Der Einsatz behält auch seinen Charakter, wenn er mit der Gegenleistung untrennbar verbunden ist und sich nicht im Wege der Schätzung ermitteln läßt (102).

Das Reichsgericht (103) nimmt an, daß es auf den objektiven Wert der beiderseitigen Leistung ankomme. Der Käufer wisse, daß er im Kaufpreis dem Verkäufer einen persönlichen Gewinn gewähre, er wisse, daß er in jenem, den objektiven Wert der Ware übersteigenden Teil des Kaufpreises zugleich den Gegenwert für die Zugabe entrichte. Demgegenüber ist anzuführen, daß es nicht auf den objektiven Wert der Gegenleistung ankommen kann, weil er in aller Regel nicht mit genügender Bestimmtheit festgestellt werden kann (104). Nach der

95) Schönke-Schröder § 286 Rn 4; RG 65/195

96) RG 2/390; 16/83; 25/180; Bayr. OLG 10/354

97) RG 60/128; 65/195; Bayr. OLG 33/111; Schönke-Schröder § 286 Rn 4; Schmidt S. 255

98) RG 59/352; BGH 11/210

99) RG 34/447

100) RG 65/195; anderer Ansicht LG Tübingen NJW 60/1359

101) RG 2/390

102) RG 1/54; 16/83; Schmidt S. 255

103) 65/195

104) BGH 11/210

Meinung des Reichsgerichtes (105) muß der Einsatz als Bestandteil des Spielvertrages beiden Vertragsparteien bekannt sein. Er müsse vom Spieler bewußt für die Beteiligung an den Gewinnaussichten geopfert werden.

Demgegenüber führt das Oberlandesgericht Düsseldorf (106) mit Recht aus: "Das Bewußtsein des Spielteilnehmers für die Beteiligung an der Gewinnaussicht durch den Einsatz einen Vermögenswert, wenn auch nur versteckt, zu opfern, ist nicht gesetzliches Tatbestandsmerkmal. Entscheidend ist das Vorstellungsbild des Täters. Der Täter muß bei den Vorkehrungen davon ausgehen, daß der Spieler den versteckten Einsatz erkennen und billigen wird". Einsatz ist nicht das, was ein Teil der Spieler irrig dafür hält, auch dann nicht, wenn es der Veranstalter auf Irrtümer abgesehen hat, vielmehr kommt es darauf an, wie der veröffentlichte Spielplan richtig auszulegen ist (107).

Bei den hier in Betracht kommenden Automaten besteht auch der notwendige Zusammenhang (108) zwischen den Kaufgeschäften und dem Spielunternehmen und das Erfordernis, des Zusammentreffens von Kaufpreis und Spieleinlage auf Grund des Spielplanes ist erfüllt.

Gleichgültig ist es auch, ob von dem Veranstalter überhaupt ein Gewinn erzielt wird. Eine Ausspielung liegt auch dann vor, wenn der gesamte Einsatz vom Veranstalter an die Spieler in Form von Gewinnen ausbezahlt wird (109).

b) Beispiele aus der Rechtsprechung

Ausspielung wurde angenommen bei einem Würfelautomaten, bei dem nach Einwurf eines Einpfennigstückes durch einen Druck fünf Würfel in Bewegung gesetzt wurden und je nach dem Wurf 1 bis 10 Stück Zigarren oder nichts gewonnen werden konnte (110). Bei

105) 65/195; 67/397

106) NJW 58/760, Schönke-Schröder § 286 Rn 4

107) BGH 3/104

108) RG 67/400

109) RG HRR 1933/1628

110) RG 29/66

einem Kaugummiautomaten mit Zugabeartikel hat das Landgericht Tübingen (111) eine Ausspielung (zu Unrecht nach den obigen Ausführungen) mit der Begründung verneint, daß für den gleichen Preis (10 Pfennig) der Einkauf in einem teureren Geschäft möglich wäre und 5 Pfennig keinen Einsatz darstellen würden. Beim Mint-Automaten konnte man 10 Pfennig oder eine Blechmarke einwerfen. Man bekam dann für 4,7 Pfennig Pfefferminz und eventuell Blechmarken, die beim Wirt in Zahlung genommen wurden oder sogar eingelöst werden konnten. Hier handelt es sich deswegen um Glückspiel (112), weil der Gewinn nicht mehr ausschließlich in einer Sache besteht. Beim Hansa-Automaten wurde der Gewinn selbsttätig dadurch ausgelöst, daß die Kugel in ein Faß fiel. Der Gewinn bestand in Marken, für die man beim Gastwirt Marken und Getränke bekam. Wenn die Spielabrede im einzelnen dahin ging, daß die Gastwirte die Marken ganz allgemein auf Zechschulden, die die Gewinner bei ihnen gemacht haben oder noch machen würden, in Zahlung nahmen, so daß also nicht eine bestimmte oder bestimmbare Ware als solche zum unmittelbaren Gegenstand der Ausspielung gemacht wurde, sondern daß die Wirte die Marken als Zahlungsmittel gegen sich gelten lassen mußten, wenn auch nur mit Einschränkung, eben der Anrechnung auf die Zechschulden, so lag keine Ausspielung vor, sondern Glückspiel (113). Weiter ist der Primosa-Automat (114) hier zu nennen. Der Käufer einer Schokoladenpackung, die der im Apparat sichtbaren Kugel entspricht, hatte das Recht, eine neue Kugel zu stechen und zu erklären, ob er auch die der Kugel entsprechende Schokoladenpackung zum Preis von 20 Pfennig kaufen will. Zufall und Einsatz wurden hier bejaht. Beim "Unionspiel" (115) wurde der Zufall verneint, und darum entfiel auch die Veranstaltung einer Lotterie.

111) NJW 60/1359

112) RG 64/355

113) RG 64/219

114) RG HRR 1933/1628

115) Schneikert Rpfleger 1908/284

LEBENS LAUF

Ich, Heinrich Lochner, wurde am 25.9.1942 in Würzburg als Sohn des Oberregierungsrates Dr. Georg Lochner geboren. Nach dem Brand von Würzburg zog ich mit meiner Familie nach Passau, wo ich die Volksschule und das humanistische Gymnasium besuchte.

Im Jahre 1961 begann ich das Jurastudium in München. Nach dem 3. Semester studierte ich in Frankreich ein Semester Sprachen und Kunst. Im Jahre 1966, nach dem 8. Semester Jurastudium, legte ich die Referendarprüfung ab und trat in den juristischen Vorbereitungsdienst in München ein.

